

أكاديمية شرطة دبي



الأحوال الشخصية للمسلمين

الدكتور

أحمد محمد صادق النمكي

أكاديمية شرطة دبي أكاديمية شرطة دبي أكاديمية شرطة دبي

حقوق الطبع محفوظة لأكاديمية شرطة دبي
الطبعة الثانية ١٩٩٧ م



الأحوال الشخصية للمسلمين

دراسة مقارنة

بين الفقه الإسلامي
ومشروع قانون الأحوال الشخصية الإتحادي
لدولة الإمارات العربية المتحدة
ومشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية
لدول مجلس التعاون الخليجي

دكتور

أحمد محمد صادق النمكي

الأستاذ المساعد للفقه الإسلامي
بكلية الشريعة والقانون (جامعة الأزهر سابقاً)
وكلية شرطة دبي

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فمن الواضح أن الإسلام الحنيف قد اهتم بكل مايتعلق بنظام الأسرة ، ويقضح هدامن خلال ماجاء في القرآن الكريم والسنة الشريفة ، من آيات كريمة ، وأحاديث شريفة تبين كيف تبنى الأسرة بناء سليما قويا ، وكذلك كيفية المحافظة عليها حتى تتمكن هذه الأسرة من الصمود أمام صعاب الحياة ومشاكلها ، ثم كيفية التغلب على الخلافات الزوجية التي ربما قد تحدث لها ، وكذلك بينت كيف يكون التفريق بين الزوجين إذا لم يؤت الزواج ثماره من السكن والمودة والرحمة ، ثم بيان حقوق كل من الزوجين على الآخر وحقوق أفراد كل الأسرة من أبناء وآباء وأقرباء .

والأحوال الشخصية أو نظام الأسرة في الإسلام ، هو مايقابل العوامل المدنية ، والجنايات .

ويراد بهذا - الأحوال الشخصية أو نظام الأسرة في الإسلام - الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته بدءاً بالزواج ، وانتهاء بالميراث وما يتعلق به ، وهذا يشمل الآتي :

١- أحكام خاصة بالأسرة من خطبة وزواج وحقوق الزوجين ، وحقوق الأولاد ، وانحلال الزواج بإرادة الزوج كالطلاق والخلع ، أو التفريق القضائي كالإيلاء واللعان والظهار .

٢- كذلك يشمل أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير .

٣- ويشمل كذلك الأحكام الخاصة بأموال الأسرة من ميراث ويسمى في الفقه الإسلامي الفرائض ، ووصايا وأوقاف مما يعد تصرفاً مضافاً لما بعد الموت .
والذي تعرضت له بالدراسة في هذا البحث المتواضع هما الأول والثاني ، أما الثالث فموضوع دراسته في موضع آخر . ومن خلال هذه الدراسة قد تعرضت لمشروع قانون الأحوال الشخصية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، ومشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون ، الذي وافق عليه وزراء العدل بدول مجلس التعاون الخليجي في اجتماعهم الذي عقد في نوفمبر ١٩٩٦م في مسقط بسلطنة عمان ، والهدف من هذه المقارنة ، أن تكون الاستفادة أكثر - بمشيئة الله تعالى - وكذلك التقريب بين وجهات النظر ، وهذا يؤدي - إذا شاء العلي القدير - إلى وحدة تشريعية مستمدة من شريعة الإسلام ، ويومها تكون الوحدة الشاملة وليس هذا على الله العلي القدير بعزیز .

المؤلف

أحمد محمد صادق النمكي

ديبي ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

القسم الأول " في عقد الزواج "

فيه مباحث تسعة :-

- | | |
|-----------------|--|
| المبحث الأول : | في تعريف الزواج . |
| المبحث الثاني : | في الخطبة . |
| المبحث الثالث : | أركان عقد الزواج . |
| المبحث الرابع : | شروط عقد الزواج . |
| المبحث الخامس : | أقسام عقد الزواج و حكم كل قسم . |
| المبحث السادس : | في المحرمات من النساء . |
| المبحث السابع : | في الولاية والوكالة والكفاءة . |
| المبحث الثامن : | في حقوق الزوجة على زوجها . |
| المبحث التاسع : | في حقوق الزوج على زوجته ، والحقوق المشتركة . |

المبحث الأول

" تعريف الزواج ^(١) "

الزواج لغة : إقتران أحد الشئيين بالآخر ، وازدواجهما بعد أن كان كل منهما بعيداً عن الآخر يقال : زوج الشيء بالشيء أي اقترن به ، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿ كذلك زوجناهم بحور عين ﴾ ^(٢) وقوله سبحانه ﴿ أحشرو الذين ظلموا وأزواجهم ﴾ ^(٣) أي احشروهم وقرنائهم الذين كانوا يزينون لهم الظلم ، ثم شاع استعمال هذه الكلمة في إقتران الرجل بالمرأة وارتباطه بها على سبيل الدوام والاستمرار بحيث إذا أطلق الزواج لا يقصد منه إلا هذا المعنى ، وعلى هذا جاء قوله سبحانه ﴿ فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها ﴾ ^(٤) .

وكذلك شاع استعمال كلمة النكاح ، في معنى الزواج ، وقد استعملها القرآن الكريم في هذا المعنى أكثر من كلمة الزواج ، ومنه قوله سبحانه ﴿ ولاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ^(٥) . أي حتى تنقضي العدة .

الزواج اصطلاحاً : قد عرفه بعضهم : بأنه عقد يتضمن إباحة استمتاع الرجل بالمرأة ، بالوطء والتقبيل والضم وغير ذلك ، إذا كانت المرأة غير محرمة بنسب

(١) فتح بقدير ٣٣٩/٢ ، تبين اختلاف ٩٤٠٤ ، نشر المختار ٣٥٥٠٢ ٣٥٧ . لشرح نصيغ ٣٣٢٠٢ .
معي يحتاج ١٢٣٠٣ ، المعني ٤٤٥٠٦ ، نظام الأسرة لأستاذة من كية لشريعة ولشانون لأزهر
ص ٨ . لفقه إسلامي وادله ٣١

(٢) سورة المدثر آية ٥٤ أي قرنهم بهن (٣) نصفه ٢٢

(٤) لأحزاب ٣٧ . (٥) لقرة ٢٣٠

أو رضاع أو مصاهرة . أو هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك الاستمتاع . أي استمتاع الرجل بالمرأة . وحل استمتاع المرأة بالرجل .

فالأثر لهذا العقد بالنسبة للرجل يفيد الملك الخاص به فلا يحل لأحد غيره .
وأما أثره بالنسبة للمرأة فهو حل الاستمتاع لا الملك الخاص بها .

بمعنى أنه يجوز أن تتعدد الزوجات فيصبح الملك حقاً مشتركاً بينهما .
وهذا يعني أن تعدد الأزواج ممنوع شرعاً ، وتعدد الزوجات جائز شرعاً .

وعرفه الحنفية بقولهم : عقد يفيد ملك المتعة قصداً ، أي حل استمتاع الرجل من امرأة ، لم يمنع من نكاحها مانع شرعي ، بالقصد المباشر .

فخرج بكلمة - المرأة - الذكر والخنثى الشكل لجواز ذكوريته ، وخرج بقوله - مالم يمنع من نكاحها مانع شرعي - المرأة الوثنية ، والمحارم ، والجنية لاختلاف الجنس لأن قوله تعالى ﴿وا لله جعل لكم من أنفسكم أزواجا...﴾^(١) بين المراد من قوله سبحانه ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾^(٢) وهو الأنثى من بنات آدم ، فلا يثبت حل غيرها بلا دليل ، ولأن الجن يتشكلون بصورة شتى ، فقد يكون ذكراً تشكل بشكل أنثى .

وخرج بكلمة - قصداً - حل الاستمتاع ضمناً بواسطة شراء أمة للتسري .
ووضع بعضهم كلمة - بطريق الأصالة - بدل كلمة - قصداً - .

(٢) النساء / ٣ .

(١) النحل / ٧٢ .

والنكاح لغة : هو الضم والجمع . ومنه - تناكحت الأشجار - بمعنى إذا

تمايلت وانضم بعضها إلى بعض .

واصطلاحاً : هو عقد بين الزوجين يحل به الوطء .

المراد بالنكاح : هو عند أهل اللغة والأصول حقيقة في الوطء ، مجاز في

العقد ، فحيث جاء في الكتاب الكريم أو السنة مجرداً عن القرائن يراد به الوطء .
كما في قوله سبحانه ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾^(١) فتحرم منية الأب
على الابن أي على فروعه ، وبهذا تكون حرمتها على الفروع ثابتة بالنص القرآني .
وأما حرمة التي عقد عليها عقداً صحيحاً على الفروع فبالإجماع . أما نكاح المرأة
الأجنبية فيراد به العقد لأن وطأها لما حرم عليه شرعاً ، كانت الحقيقة مهجورة ،
فتعين المجاز .

وعند الفقهاء ومنهم أئمة المذاهب الأربعة : حقيقة في العقد ، مجاز في الوطء
لأنه المشهور في القرآن والأخبار ، وقد قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية . ليس في
الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله سبحانه ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ .

دليل مشروعيته :-

دل على مشروعية النكاح الكتاب والسنة وإجماع الأمة . اما الكتاب : فقوله
سبحانه : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتن ألا
تعبدوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ﴾^(٢) . وقوله سبحانه ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم

(٢) النساء / ٣ .

(١) النساء / ٢٢ .

والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ﴿^(١)﴾ فقد اشتملت هاتان الآيتان على الأمر بالنكاح ، والأمر وإن كان أصله للوجوب إلا أنه مصروف في الآيتين عن الوجوب إلى الإرشاد بدليل أنه سبحانه وتعالى علّقه على الإستطابة في الآية الأولى والواجب لا يعلّق عليه .

قال ابن عباس : رغبهم الله في التزويج وأمر به الأمراء والعبيد ووعدهم عليه بالغنى فقال : ﴿^(٢)﴾ إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ﴿^(٣)﴾ . وعن أبي هريرة رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (ثلاثة حق على الله عونهم ، الناكح يريد العفاف ، والمكاتب يريد الأداء ، والغازي في سبيل الله) وعن ابن مسعود قال : التمسوا الغنى في النكاح ، يقول الله تعالى ﴿^(٤)﴾ إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ﴿^(٥)﴾ وقد زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - ذلك الرجل الذي لا يجد عليه إلا إزاره ولم يقدر على خاتم من حديد ، ومع هذا زوجه بتلك المرأة . وقد جعل صداقها عليه أن يعلمها مامعه من القرآن ، والمعهود من كرم الله تعالى ولطفه أن يرزقه ما في كفاية لها وله ، وقوله تعالى : ﴿^(٦)﴾ وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنهم الله من فضله ﴿^(٧)﴾ هذا أمر من الله سبحانه لمن لا يجد تزويجا بالتعفف عن الحرام ، كما قال صلى الله عليه وسلم (ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) وهذه الآية مطلقة والتي في سورة النساء أخص منه وهي قوله سبحانه : ﴿^(٨)﴾ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات ﴿^(٩)﴾ إلى قوله ﴿^(١٠)﴾ وأن تصبروا خير لكم ﴿^(١١)﴾ أي صبركم عن تزوج الإماء خير لكم لأن الولد يجيء رقيقا .

(١) النور / ٣٢ . (٢) النور / ٣٢ . (٣) النساء / ٢٥ .

وأما العنّة : فقله - صلى الله عليه وسلم - (يامعشر الشباب من استطاع منكم البائة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)^(١) . وعن انس بن مالك - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حمد الله وأثنى عليه ، وقال : (... لكنني أنا أصلي وأنام ، وأصوم وأفطر ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني)^(٢) .

وفي الحديث الأول : أمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - الشباب الذي يستطيع الزواج بالزواج ، لما فيه من غش البصر وحفظ الفرج ، والصحيح أن الأمر هنا عند الجمهور لا يدل على الوجوب ، وإنما على الارشاد والتدب والترغيب في النكاح .

وفي الحديث الثاني : يوضح رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن النكاح من سنته وهدية وطريقته وهي الحنفية السمحة ، فمن أعرض عن النكاح فقد أعرض عن طريقه - صلى الله عليه وسلم - ويقصد بهذا أن التارك لهدية القويم المائل الى الرهبانية خارج عن الاتباع إلى الابتداع .

وأما الاجماع : فقد أجمع المسلمون من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها على أن الزواج مشروع ومرغّب فيه وهو من هديه - صلى الله عليه وسلم - .

(١) متفق عليه (سبل السلام ١٠٩/٣) والبائة / مؤن الزواج وواجبته .

(٢) البخاري ومسلم والسنائي جامع الأصول ٢٠١/١ .

الحكمة من مشروعية النكاح :-

الأسرة ضرب من ضروب الاجتماع الانساني ، والإسلام أراد لها بناءً قوياً ،
والزواج رابطة قوية ونظام اجتماعي يرقى بالانسان عن الدائرة الحيوانية إلى العلاقة
الروحية ويرتفع به من مكان الوحدة والانفراد إلى أحضان السعادة وأنس الاجتماع .

(١) ففيه ترويح النفس ، ويعد لها عن السّامة والملل . وهو عماد الأسرة التي
منها يتكون المجتمع البشري ، حتى يأذن الله بنهاية هذه الحياة الدنيا .

(٢) وبه تتكون الصفات الإنسانية الراقية ، كالأيثار وحب الغير ومعرفة ما
للإنسان من حقوق وماعليه من واجبات .

(٣) وعليه حفظ النوع الإنساني كاملاً . ويندرج في مدرج الرقي والكمال
بالتناسل الشريف القوي ، لأن الزنا لا يحفظ هذا النوع من الانقراض وإن حفظه ففي
ظل حياة وضيعة مفككة الأوصال يلفظها كل مجتمع سليم .

(٤) وفيه راحة حقيقية لكل واحد من الزوجين :

أما الزوج فعندما يعود من مشاق عمله ، ومتاعب الحياة الدنيا ، يجد في
بيت الزوجية أنسا وبهجة وراحة لضميره وإرضاء لعواطفه وتحقيقاً لأغراضه .

وأما الزوجة فلأنها مطمئنة إلى من يكد نفسه للحصول على رزقها ومتاع
أولادها ، فتأخذ نفسها جادة في إدارة شئون المنزل وما يتطلبه الأولاد من عناية
ورعاية ، وفي ذلك موافقة لطبيعتها وغرائزها وراحة لضميرها وداع إلى الاشفاق على
صيانة ماله وحفظ غيبته في بعده عن داره .

(٥) وبه يحل أن يستمتع كل واحد بالآخر من أجل إشباع رغبته الجنسية

بطريق منظم يحفظ الأنساب ويصون الأعراض عن الدنس .

(٦) وقد اجتمع فيه دواعي الشرع والعقل والطبع :

أما دواعي الشرع : فهي ظاهرة من الآيات الواردة في شأنه في الكتاب الكريم ، والسنة الشريفة والاجماع .

وأما دواعي العقل : فإن كل عاقل يجب أن يبقى اسمه ولا يمحي رسمه ولا يكون ذلك غالباً إلا ببقاء النسل .

وأما دواعي الطبع : فلأن الطبع البهيمي من الذكر والأنثى يدعو إلى تحقيق ما أعد له من المباحات الشهوانية ، ولا مزجرة فيها إذا كانت بأمر الشرع .

من هذا يتبين أن أهداف وأغراض التشريع الاسلامي من الزواج نبيلة سامية ، وأنه مظهر من مظاهر الرقي البشري ، وهذا ما يشير إليه قول الحق سبحانه **﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾** ^(١) .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - (يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، فإن لم يستطع ، فعليه بالصوم فإنه له وجاء) ^(٢) .

(١) طررم / ٢١ .

(٢) متفق عليه - سيل السلام ١٠٩/٣

حكم الزواج أوصفته الشرعية : (١)

أ يقصد بصفته الشرعية : ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي ، وهو كون الزواج مباحا ، أو مندوبا ، أو واجبا ، أو فرضا ، أو مكروها أو حراما . لهذا فإن الزواج لا يأخذ حكما واحداً في جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف الناس لأن منهم القادر على تكاليفه كما أن منهم من هو معتدل المزاج بالنسبة له ، فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة ، ومنهم من لا يستطيع ضبط نفسه منها - الفاحشة - إذا لم يتزوج ، ولأجل هذا الاختلاف يختلف حكمه ، وأحوال المكلفين بالنسبة لهذا خمسة ، بمعنى أن الزواج تعتربه الأحكام التكليفية الخمسة :

(١) - فيكون الزواج فرضا : وذلك إذا تأكد المكلف من الوقوع في الزنا لو لم يتزوج ، وهو في الوقت نفسه يستطيع الإنفاق على الزواج ، ويعدل مع أهله إن تزوج ، لأنه في هذه الحالة قد تيقن الوقوع في الزنا إذ لم يتزوج ، وترك الزنا لازم لزوما لاشك فيه ، والزواج الذي لاظلم فيه لأحد لازم ومفروض ، لأنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن مالا يتحقق الغرض إلا به فهو فرض . إذاً يكون الزواج في هذه الحالة فرضا لا لذاته بل لأنه وسيلة إلى ترك المحرم فإذا لم يتزوج كان أثماً ومستحقاً للعقاب .

أما المرأة فإنه يفرض عليها الزواج إذا عجزت عن اكتساب قوتها وليس لها من يتفق عليها ، وكانت عرضة لطامع أهل الفساد فيها ولا تستطيع أن تصون نفسها

(١) فتح القدير ٣/٤١٢ ، ٣٤٢ ، تبين الحقائق ٢/٦٤ ، ٦٥ ، بدنية المجتهد ٢/٢٧٢ . لقوانين المغيبة من ١٩٣ ، مغني المحتاج ٣/١٢٥ ، المغني ٦/٤٤٦ ، نظام الأسرة لأستاذة من كلية طبرية وثقانون ص ٢٧ وما بعدها .

إلا بالزواج .

(٢) - ويكون واجبا : إذا غلب على ظنه الوقوع في الزنا إذا لم يتزوج ، مع الملاحظة هنا أن الإلزام في هذه الحالة أقل من الإلزام في الحالة السابقة ، لأن اللزوم في الواجب أقل مرتبة من اللزوم في الفرض ، لأن الفرض أدلته قطعية ، وأسبابه قطعية ، أما الواجب فإن أدلته ظنية ، وأسبابه لاتنتج إلا ظنا ، وعلى هذا يكون الزواج عند ظن الوقوع في الزنا واجبا حينما يغلب على الظن الوقوع في الاثم بالترك ، مع مراعاة أن يكون المكلف قادرا على الزواج وإقامة العدل مع الزوجة .

(٣) - ويكون الزواج حراما : إذا كان المكلف لا يستطيع الإنفاق على الزواج ويقع في الظلم قطعا إن تزوج والحرمة لا لذاته وإنما لما يترتب عليه من ظلم للزوجة وظلم الإنسان للإنسان حرام ، وكذلك يكون حراما إذا كان قادرا على نفقات الزواج ولكنه متأكد من الوقوع في الظلم ، والظلم هنا إما لزوجة واحدة يكون بهضم بعض حقوقها . أو يكون ظلما لإحدى زوجاته إذا أراد أن يعدد الزوجات ، وذلك بميله إلى واحدة منهن وإعراضه عن الأخريات .

(٤) - ويكون الزواج مكروها : إن كان المكلف يغلب على ظنه أنه يقع في الظلم إن تزوج ، خشية أن يؤدي إلى الظلم المتوقع إن تزوج .
وقد تعرض حالة على المكلف يقطع فيها بالزنا إن لم يتزوج ويقطع فيها بالظلم إن هو تزوج ، فماذا يكون الحكم ؟ فهل يغلب جانب الفرض أم يغلب جانب الحرمة ؟ بمعنى أنه يتزوج أو لا يتزوج .

المُسلم به أن الإنسان حرام عليه أن يظلم غيره ، ولو كان هذا الغير زوجته ، وحرام عليه أيضا أن يزني .

والله حرم الظلم بقوله جل شأنه في حديثه القدسي (يا عبادي إنني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا ...) وحرم الزنا بقوله : ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾^(١) .

لذلك وجب على الشخص هنا ألا يتزوج لثلا يقع في الظلم ، ويجب عليه أيضا أن يمسك نفسه عن الوقوع في الزنا ، وهنا يلجأ إلى النهج النبوي الشريف الذي قال فيه - صلى الله عليه وسلم - (... ومن لم يستطع فعله بالصوم فإنه له وجاء)^(٢) .

فليس العلاج ترك محرم لارتكاب محرم آخر ، وإنما العلاج هو الصبر والعمل على كبح جماح شهواته ، وأن يعف نفسه عن الحرام ، ومن يصبر يصبره الله ومن يستعفف يعفه الله ، وعليه بعد أن يقاوم كلا المحظورين ، محاربة شهوته بشتى الوسائل ليتقلب عليها ، ويقاوم نفسه ليخلصها من رذيلة ظلم الغير ، وما يجده سهلا عليه يسير على ما يقتضيه ، فإن سهل عليه محاربة الشهوة دون الأخرى بقي على كفه من الزوج ، وإن استعصى عليه محاربة الشهوة ووجد من نفسه ميلا إلى ترك الظلم تزوج .

(١) الإمراء / ٣٢

(٢) متفق عليه بخاري ومسلم سبل السلام ١٠٩/٣ وجاء أي صيانة له عن الوقوع في الشهوات

(٥) - وإن كان الشخص في اعتدال بمعنى أنه لا يقع في الزنا إن لم يتزوج ولا يخشاه ، ولا يقع في الظلم ولا يخشاه إن تزوج ، فإن جمهور الفقهاء يرون أن الزواج في هذه الحالة يكون سنة ومندوبا يحسن فعله ولا يأثم إن لم يفعل . والحق أن هذه الحالة الغالبة وأنها الأصل ، وغير ذلك أمور عارضة ، ولذلك قرر جمهور الفقهاء أن الأصل في النكاح أنه سنة أو مندوب أو مستحب ، والفرضية أو الوجوب أو الكراهة أو التحريم كلها أمور عارضة ترفع النكاح إلى مرتبة اللزوم ، أو تنزل به إلى درجة المحرم .

١- هذا مذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والجعفرية ، ووافقهم الحنابلة في المشهور عنهم وبعض الشافعية ، لأن القرآن أمر به ، وحض عليه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في أكثر من حديث من هذه الأحاديث :
قوله صلى الله عليه وسلم - (فمن رغب عن سنتي فليس مني) ^(١) فهذا الحديث يدل على أن الزواج سنة من سنته - صلى الله عليه وسلم - .

واستدلوا كذلك على سنية الزواج : بمداومة الرسول - صلى الله عليه وسلم - ومداومة أصحابه عليه ، ولو كان الزواج غير مطلوب - على سبيل النذب - لما فعلوه وداوموا عليه ، وقد أخرجه عن الوجوب قوله - صلى الله عليه وسلم - في حديثه المشهور مخاطبا الشباب (... فمن لم يستطع فعله بالصوم ...) فهذا يدل على أن الطلب ليس على سبيل الوجوب ، ولو كان على سبيل الوجوب ما خير رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بين الاتيان بالزواج وبين الصوم ، وكان الطلب منه على سبيل الإلزام .

(١) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي (جامع الأصول ١/٢٠١) .

٢- أما ماذهب إليه بعض الشافعية والتأخرون من المالكية : فهو أنه مباح وليس بسنة أي يجوز فعله وتركه ، وإذا تفرغ الإنسان للعبادة أو الاشتغال بالعلم كان أفضل من الزواج .

واستدلوا على هذا بقوله سبحانه - مدحا ليحي عليه السلام ﴿ وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين ﴾ ^(١) . والحصور هو الذي لا يأتي النساء مع القدرة على إتيانهن فلو كان الزواج أفضل لما مدح بتركه ، ورد على هذا بأنه شرع من قبلنا ، وشريعتنا على خلافه واستدلوا أيضا بقوله سبحانه ﴿ زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين ﴾ ^(٢) . وقد جاء هذا في معرض الذم .

وإنما لم يجب لقوله سبحانه ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ إذ الواجب لا يتعلق بالاستطابة ، ولقوله سبحانه : ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ ^(٣) . ولا يجب العدد بالاجماع . واستدلوا أيضا بأن الزواج من الأعمال الدنيوية مثل البيع ونحوه ، وهو ليس بعبادة ، والدليل على ذلك صحته من الكافر ، ولو كان عبادة لما صح منه ، ولكن المراد منه قضاء شهوة النفس ، والقيام بالعبادة عمل لله سبحانه والعمل لله سبحانه أفضل من العمل للنفس لذلك يكون الزواج مباحا مثل الأكل والشرب وغير ذلك .

ورد على ذلك بأنه وإن كان قد صح من الكافر ، مع كونه عبادة ، لأن فيه من عمارة الدنيا ، كعمارة المساجد وغير ذلك ، فإن هذه تصح من المسلم ، وهي منه

(٢) آل عمران / ١٤ .

(١) آل عمران / ٣٩ .

(٣) النساء / ٣ .

عبادة ، ومن الكافر وليست منه عبادة ، ويدل على أنه عبادة أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - والعبادة تتلقى من الشرع ، والزواج من قبيل العبادة لما يشتمل عليه من المصالح الكثيرة التي منها تحصين النفس وإيجاد النسل ، وقد قال صاحب الرسالة في شأنه - صلى الله عليه وسلم - (وفي بضع أحدكم صدقة)^(١) . ونظرا لضعف هذه الأدلة التي ذكرت للإمام الشافعي ، قال النووي : إن لم يتعبد فاقد الحاجة للنكاح ، واجد الأهبة (وهي مؤن الزواج من مهر وكسوة ونفقة يومه) فإن النكاح له يكون أفضل من تركه في الأصح ، حتى لاتفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش ، وقال : النكاح مستحب لمحتاج إليه يجد أهبته ، فإن فقدها استحب تركه ، ويكسر شهوته بالصوم ، فإن لم يحتج كره إن فقد الأهبة وإلا فلا يكره له لقدرته عليه .

٣- وأما مذهب إليه الظاهرية : فهو أن الزواج في حالة الاعتدال فرض ، متى كان الإنسان قادرا عليه ، وعلى نفقاته .

واستدلوا على ذلك بظواهر النصوص بالكتاب والسنة الآمرة به التي تفيد الوجوب مثل قوله سبحانه ﴿ فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾^(٢) . وقوله سبحانه ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾^(٣) . ومن الأحاديث التي سبق ذكرها - أيضا (من استطاع منكم الباءة فليتزوج) .

فهذه النصوص يفهم منها الأمر بالزواج ، وصيغة الأمر في أصل وضعها للطلب اللازم ، فهي تدل على الفرضية مالم يكن هناك نص يفيد أن الأمر لغير الفرض

(١) من حديث أبي ذر عند مسلم ، وكوله : ذهب أهل الفتنور بالأجور .

(٢) النساء / ٣ (٣) النور / ٣٢ .

والطلب اللازم ، ولم يكن هناك نص يدل على ذلك فتكون النصوص دالة على الفرضية .

ويذكر ذلك أحواله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه حيث إنهم لازموا الزواج ، ولم يتركوه ومن تركه منهم كان لعجزه عن تكاليفه كبعض أصحاب الصفة ، ولو كان مندوبا لأثر عنهم الانقطاع عنه .

ويرد الجمهور :

أولاً : الأمر الوارد في قوله سبحانه ﴿فَانكِحُوا مَاطَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ مصروف عن الوجوب لأن الواجب لا يتعلق بالاستطاعة ، وأيضا هذه الآية مسوقة لبيان العدد المحلل من النساء لا لإيجابه ، إذ لو قلنا للإيجاب للزم أن تزوج العدد يكون واجبا وهذا لم يقل به أحد ، ولا يجب العدد بالإجماع . أما الآية الثانية : ﴿وَانكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ ^(١) . الأمر مصروف عنه بقوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث الرهط (... الزواج من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني) ^(٢) . وأيضا جاءت هذه الآية لبيان أن الفقر لا يمد مانعا من الزواج بل يعتبر من أسباب الفتي ، قال - صلى الله عليه وسلم - (ثلاثة حق على الله إعانتهم : الناكح يريد العفاف ، والمكاتب يريد الأداء ، والغازي في سبيل الله) .

وأما مارواه أحمد وغيره عن عكاف بن ذاعة : أنه أتى النبي - صلى الله عليه وسلم فقال له : (ألك زوجة ياعكاف ؟ قال : لا ، قال : ولا جارية ؟ قال لا ، قال وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله ، فقال فأنت إذا من إخوان الشياطين

(١) سبق تحقيقها . (٢) سبق تحقيقه .

: إن كنت من رهبان النصارى ، فالحق بهم ، وإن كنت منا فاصنع كما نصنع ، فإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزابكم ، وإن أردت موتاكم عزابكم (^(١)) . فهذا الحديث وإن استدل به من يفرض الزواج في حالة الاعتدال . فإنه يرد عليه : بأن إيجاب الزواج على شخص لا يستلزم إيجابه على الناس جميعا ، لأن سبب وجوبه وجد في حقه ، دون غيره من الناس .

ثم إنه - صلى الله عليه وسلم - لم يؤثر عنه أنه حتم الزواج على كل فرد قادر أو توعده بالعقاب على تركه كما هو الشأن في الفرائض الأخرى من الصلاة أو الحج والزكاة وغير هذا .

وأما استدلالهم بقوله - صلى الله عليه وسلم - (يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ...) فقوله - صلى الله عليه وسلم - (فليتزوج) لم يرد منه الوجوب ، لأنه مصروف عنه بقوله - صلى الله عليه وسلم - (ومن لم يستطع فعليه بالصوم) فالأمر هنا ليس على حقيقته ، وإنما هو أمر نذب وإرشاد ، وذلك بدليل ذكر الصيام في الحديث ، ولم يقل أحد من العلماء أن الصوم في هذا الحال واجب إذ لو كان الزواج لازماً للزم أن يكون الصوم لازماً ، ولم يقل به أحد .

والشريعة الإسلامية قد وصلت إلينا كاملة ولم يعد من فرائضها النكاح ، ولو كان فرضاً لذكر بين الفرائض ، ولكان إهمال ذكره تقصيراً في البيان ومعاذ الله أن يكون هذا منه - صلى الله عليه وسلم - .

(١) قال المصنف : فيه وإي لم يسم ، وبقية رجاله ثقات .

ورأي الجمهور هو الراجح فالنكاح سنة ماضية ، وخلق من أخلاق الأنبياء .
قال سبحانه ﴿ ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية ﴾^(١) .

فالزواج أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد ، وتكثير النسل ، واستمرار الحياة مع المحافظة على الأنساب التي يوليها الاسلام عناية فائقة .

كذلك فقد نصت الأحاديث على سنيتها (فمن رغب عن سنتي فليس مني)
وإن كانت الآيات قد طلبت الزواج لكنه ليس على سبيل الغرض كما يقول الظاهرية لأن
هناك من القرائن ما يصرف الأمر به عن الوجوب إلى الندب ، وذلك مثل إرشاده -
صلى الله عليه وسلم - للشباب الذي لا يستطيع القدرة على الزواج بالصوم ، ولو كان
واجبا لجعله - صلى الله عليه وسلم - واجبا على الناس والزهم به ولكنه لم يلزمهم
ولم يحتمه عليهم ، فقد تزوج بعض الصحابة في عهده - صلى الله عليه وسلم - ولم
يتزوج البعض الآخر ، ولم ينقل عنه - صلى الله عليه وسلم - الزام غير المتزوجين
بالزواج ، فكان الزواج مطلوباً على سبيل الندب والاستحباب .

ومادام قد ثبت أنه سنة عنه - صلى الله عليه وسلم - فلا يكون مباحاً
أيضاً .

ونصت المادة - ٤ - من مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول
مجلس التعاون على أن (الزواج عقد شرعي ، بين رجل وامرأة ، غايته الإحصان
 وإنشاء أسرة مستقرة ، برعاية الزوج ، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة
 ورحمة) .

(١) طرعد ٣٨١

المبحث الثاني " في الخطبة "

التمهيد : في كيفية الاختيار ^(١) :

دعا الرسول صلى الله عليه وسلم - كلا من الزوجين أن يختار شريك حياته على أسس قوية راسخة لاتزول ألا وهي الدين ، والخلق ، وقد بينت الأحاديث الصحيحة الأسس والصفات التي على أساسها يقبل الرجال على الزواج من النساء .

(أ)- روى جابر بن عبد الله : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال له : يا جابر تزوجت بكرا أم ثيبا ؟ قال : ثيبا ، فقال هلا تزوجت بكرا تلاعبها وتلاعبك ^(٢) .

(ب)- عن أبي هريرة - رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم - قال (تنكح المرأة لأربع - أي لأجل أربع - مالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاطفر بذات الدين تربت يداك) ^(٣) .

• يؤخذ من الحديث الأول استحباب زواج الأبقار لحدائث سننها وحدائث عهدتها بالزواج لما في الحديث من الحث على النكاح لهن ، وكذلك أيضا لأنها أرضى باليسير لقلة خبرتها .

• ويؤخذ من الحديث الثاني أن المرأة تنكح لأجل أربع : مالها ، وحسبها .

(١) مغني المحتاج ١٢٦/٣ وما بعدها ، كشف القناع ٧/٥ ، ٨ ، الشرح الصغير ٣٤١/٢ ، نظام الأسرة لأساتذة من كلية الشريعة والقانون ص ٤٨ وما بعدها . (٢) متفق عليه .

(٣) متفق عليه بين أصحاب الكتب السبعة - أحمد والكتب الستة - عن أبي هريرة - وانحسب : هو فعل الجميل لمرحل وآبائه ، سبل للسلام ١١١/٣ .

وجمالها ، ودينها ، ولكن الذي ينبغي أن ننبه عليه بأن الذي جاء بالحديث - فافظرو بذات الدين - هو المعنى المهم الذي يجب أن نلتفت إليه ونهتم به لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - دعا على من يهمل هذا المعنى بقوله تربت يدك - بمعنى التمسكت بالتراب وهو كناية عن الفقر ولو لم يكن هذا المعنى - أي ذات الدين - خطيرا ومهما ما كان الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد دعا على من يهمله بهذه الدعوة .

وقد وقع في حديث عبد الله بن عمر ، وعند ابن ماجه رفعه (لاتزوجوا النساء لحسنهن فمسي حسنهن أن يرديهن - أي يهلكهن - ولا تزوجوهن لأموالهن فمسي أموالهن أن تطفيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ولأمة سوداء ذات دين أفضل) ^(١) أي افضل من الحرية . وهذا مثل قوله تعالى ﴿ ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ﴾ ^(٢) .

والرسول صلى الله عليه وسلم حينما يوجه الاهتمام إلى ذات الدين - لأنها هي التي سوف تكون عماد الأسرة التي من شأنها الإستمرار والدوام ، ولن يكون الدوام والاستمرار مع امرأة لا تراعي لله أمرا ولا تقف عند حدوده ولذلك يقول صلى الله عليه وسلم (ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيرا له من زوجة صالحة ، إن أمرها أطاعته ، وإن نظر إليها سرته ، وإن أقسم عليها أبرته ، وإن غاب عنها حفظته في نفسها وماله) ^(٣) . وقوله : (إنما الدنيا مقام ، وليس من متاع الدنيا شيء أفضل من

(١) أخرجه ابن ماجه والبخاري والبيهقي من حديث عبد الله بن عمر مرفوعا المرجع السابق .

(٢) البقرة من الآية ٢٢١ .

(٣) بنفس المعنى : أخرجه النسائي وأحمد عن أبي هريرة المرجع السابق .

المرأة الصالحة (١١) .

(ج)- ومن الأمور التي ينبغي توافرها في المرأة أن تكون منجبة ويعرف ذلك بسلامة بدنها وبقياستها على مثيلاتها من أخواتها وعماتها وخالتها .

خطب رجل امرأة عقيما لاتلد ، فقال : يا رسول الله ، إنني خطبت امرأة ذات حسب وجمال وأنها لاتلد ، فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقسأل : (تزوجوا الولود الودود ، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة) ^(١) وكذلك مما ينبغي ملاحظته أن يكون هناك تقارب بين الزوج والزوجة من حيث السن والمركز الاجتماعي والمستوى الثقافي والاقتصادي .

ولذلك لما خطب أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال إنها صغيرة ، فلما خطبها علي (زوجها إياه) وكذلك أيضا مما يراعي في جانب الاختيار - إن أمكن - أن تكون أجنبية ، فإن ولدها أنجب .
هذه بعض المعاني التي أرشد الإسلام إليها ، ليتخذوها مريدا الزواج نبراسا يستضيئون به ، ويمسرون على هذه .

وكما حث الإسلام على اختيار الزوجة الصالحة ، حث الولي أن يختار لكريمته وأن يدقق في الاختيار ، فلا يزوجه إلا لمن له دين وخلق كريم ، فإن عاشرها عاشرها بالمعروف وإن سرحها سرحها بإحسان على وجه جميل وسبيل حسن امتثالا لقوله تعالى: ﴿وعاشرهم بالمعروف﴾ ^(٢) وامتثالا لفعله وقوله صلى الله عليه

(١) رواه مسلم والنسائي وابن ماجه للزغب والزهيب ٤١/٣ .

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه ، وابن جرير والحاكم وصححه استنده عن معقل بن يسار .

(٣) سورة النساء من الآية ١٩ .

وسلم حيث يقول : (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي) ^(١) .

قال رجل للحسن . (قد خطب ابنتي جماعة فمن أزوجها ؟ قال : زوجها
ممن يتقي الله فإن أحبها أكرمها ، وإن أبغضها لم يظلمها) .
وأظهر بيان في هذا قوله صلى الله عليه وسلم (إذا خطب إليكم من ترضون دينه
وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) ^(٢) أي إن لم تزوجوا من
هذه صفته ورغبتهم في مجرد الحساب والمال كانت فتنة .

" تعريف الخطبة وبيان حكمها " ^(٣)

★ الخطبة لغة :-

هي مشتقة من كلمة " خاطب " مخاطبة وخطابا هو الكلام بين متكلم
وسامع ، ومنه اشتقاق الخطبة - بضم الخاء - في الموعظة ، والخطبة - بكسر
الخاء - طلب التزوج بالمرأة .

★ الخطبة شرعاً :-

هي طلب الرجل يد امرأة معينة ، خالية من الموانع الشرعية للتزوج بها
مستقبلاً ، أو هي التماس التزوج ، أو تواعد متبادل بالزواج . وعرفت المادة رقم - ١ -
من مشروع الإمارات الخطبة بأنها [ليست زواجا ومثلها الوعد بالزواج ...] وكذلك
المادة رقم - ١ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون بأنها : [الخطبة طلب

(١) رواه ابن حبان في صحيحه الوغيب والرهيب ٤٩/٣ .

(٢) رواه الرمزي وقال حسن ، الجامع الكبير ط مجمع البحوث العدد الخامس من الجزء الأول ص ٤٨٩ .

(٣) مفني المحتاج ١٣٥/٣ .

التزويج والوعد به [وواضح أن المعنى واحد .

* الأصل في الخطبة :-

الأصل أن تكون الخطبة من الرجل ، فهو الذي يتقدم إليها أو إلى وليها ليتعرف كل من الزوجين على صاحبه حتى إذا أقدماً على الزواج أقدماً على هدي وبصيرة . فطبيعة المرأة ، وما جبلت عليها من حياء - بحكم فطرتها - يحول بينها وبين إبداء رغبتها في الزواج .

ولكن هل يصح أن تعرض المرأة نفسها على رجل للزواج منه ، أو هل يصح أن يعرض ولي المرأة ابنته أو أخته على رجل ليتزوجها ؟

وللإجابة على هذين السؤالين :

تقف أمام ما أثر عنه - صلى الله عليه وسلم - وعن صحابته الأطهار ، رضوان الله عليهم أجمعين .

(أ) - عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح :-

جاء في صحيح البخاري مانصه : عن ثابت البناني قال : (كنت عند أنس وعنده ابنة له) قال أنس : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نفسها قالت : يا رسول الله ، ألك بي حاجة ؟ فقالت بنت أنس : ما أقل حياءها ، واسواتها ، قال : هي خير منك ، رغبت في النبي - صلى الله عليه وسلم - فعرضت عليه نفسها) .

من هذا الحديث يتضح جواز عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح سواء أكانت واثقة من موافقته أم لا .

وقد يقول قائل : هذا من خصوصياته صلى الله عليه وسلم ، ولهذا قال ابن حجر : قال ابن المنير في الحاشية : من لطائف البخاري أنه لما علم الخصوصية في قصة الواهبة أستنبط من الحديث مالا خصوصية فيه وهو جواز عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح رغبة في صلاحه فيجوز لها ذلك ، وإذا رغب فيها تزوجها على شرطه . وقال ابن حجر : ويظهر لي أن صاحبة هذه القصة غير التي في حديث سهل .

ثم قال : وفي الحديثين جواز عرض المرأة نفسها على الرجل وتعريفه رغبته

فيه ولا غشاة عليها في ذلك .

(ب) - عرض الامسان ابنته أو من هو ولي عليها على أهل الخير :-

فقد روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أن ابنته حفصة - رضي الله عنها - قد توفي عنها زوجها ، وفي نفس الفترة توفيت زوجة عثمان - رضي الله عنه - رقية بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فعرض عمر ابنته على عثمان فأعرض عثمان عن ذلك لمعنى في نفسه ، أو لمعنى فهمه من النبي صلى الله عليه وسلم وعند ذلك وجد عمر في نفسه شيئا فعرض ماحدث على النبي صلى الله عليه وسلم فطيب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خاطر عمر وقال : إن الله زوج بنتك خيراً من عثمان وزوج عثمان خيراً من بنتك .

يؤخذ من هذا الحديث جواز عرض الإنسان بنته وغيرها ممن له عليهم الولاية على من يعتقد خيره وصلاحه لما فيه من النفع العائد على المعروضة عليه ، وأنه لا استحياء في ذلك .

ويؤخذ منه كذلك انه لا مانع من أن يزوج بنته الثيب من غير أن يستأمرها إذا علم أنها لا تكره ذلك وكان الخاطب كفءاً لها .

وتكرر ماسبق أن أوضحته من أن على الرجل الذي يختار المؤمنة القانتة لسعادته وسعادة أولاده ، فإنه يجب عليه أن يختار لكريمته ، فلا يزوجه إلا لمن له دين وخلق ، فإن عاشرها عاشرها بالمعروف ، وإن سرحها سرحها بإحسان .

★ حكمها :-

ذهب جمهور العلماء إلى أن الخطبة - بكسر الخاء - حكمها النسب والامتنعاب ، جاء في تحفة المحتاج لابن حجر : وقيل : إنها سنة : وقيل إنها مستحبة .

ويرى بعض الشافعية أن الخطبة تحل إن حل النكاح وإلا فمحرم ، فلها حكمه وجوباً وندباً وكراهة وتحريماً وجاء في حاشية الشرواني : أن حكمها سنة مطلقاً ، فادعاء أنها وسيلة للنكاح وأن للوسائل حكم المقاصد ممنوع باطلاقه لعدم صدق حد الوسيلة عليها إذ أن النكاح لم يتوقف عليها باطلاقها إذ كثيراً مايقع بدونها .
واستدل الجمهور على ندبها بما يأتي :-

أولاً : قوله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) ^(١) . ولم يشترط الخطبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج الواهبة ولم يخطب وتزوج عائشة ولم يخطب .

ثانياً : لو كانت الخطبة قبل عقد الزواج واجبة لتحتم أن يسبق كل زواج خطبة ، ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة .

ونذهب بعض الظاهرية إلى القول بوجوبها ، مستدلين لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

(١) رواه البيهقي عن عمران عن عائشة الجماع الصغير ٣٦٥/٢

أولاً: (كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع)^(١) .

ثانياً : (كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجزاء) رواهما بن

المنذر .

ويرد عليهم :

أولاً: بالحديث السابق وغيره مما ذكر سابقا .

ثانياً : ما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لاعلى الوجوب .

وسبب الخلاف بين الجمهور والظاهرية هو فعله - صلى الله عليه وسلم - في ذلك ،
فمن حمل فعله صلى الله عليه وسلم على عدم الوجوب قال : بأن الخطبة قبل عقد
الزواج مندوبة ، ومن حملة على الوجوب قال : إنها واجبة .

* من تباح خطبتها^(٢) :-

يتضح بعد ذلك أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج فهي وسيلة لغاية فإذا كانت
الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة .

لذلك اشترط الفقهاء فيمن تباح خطبتها شرطين :-

أولاً: أن تكون خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجه منها في الحال .

ثانياً: ألا يسبقه غيره إليها بخطبة شرعية .

ومن أجل أن نتعرف على هذين الشرطين وما يتعلق بهما ينبغي أن نعرض

لآراء الفقهاء وأدللتهم .

(١) رواه أبو داود وابن ماجه عن أبي هريرة كشف «الحفاء ومزيل الإلحس» ١٧٤٠٢

(٢) تهذيب : ٢٥٦/٢ ، ٢٦٨

قرر الفقهاء أنه لاتجوز خطبة امرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً سواء أن كان هذا التحريم عن طريق النسب أو الرضاع أو المصاهرة كأخته ، وعمته ، وخالته ، من النسب أو الرضاعة ، وكذلك زوجة الأب أو الابن ، وأم الزوجة أو ابنتها وسائر المحرمات على سبيل التأقيت ، كأخت الزوجة أو زوجة الغير ، أو معتدة غيره .

والسبب في عدم الجواز أن الخطبة وسيلة إلى الزواج ، والزواج بالمحرمات محرم : إذا فالوسيلة إلى الحرام حرام .

* خطبة المعتدة ^(١) :-

إذا كان تحريم خطبة الأخت وما عطف عليها وزوجة الغير من الوضوح بحيث لا يخفى حكمها على الخاص والعام فلم يبق معنا إلا أن نتعرض بشيء من التفصيل والتوضيح لخطبة المعتدة لأن حكمها قد يخفى على كثير من الناس .

لذلك فقد عني الفقهاء بتقسيمها وتوضيح كل قسم توضيحاً جلياً ، حتى يكون المؤمن على بينة من أمر دينه يتجنب المحرمات ويتعد عن الشبهات .

لذلك سوف أحاول - بمشيئة الله تعالى - قدر جهدي توضيح هذه الآراء .

يقصد بالمعتدة : المرأة التي هي في فترة العدة .

والمعتدة : لا يخلو حالها من أمرين : معتدة من وفاة أو معتدة من طلاق .

والمعتدة : من طلاق قسمان : معتدة من طلاق رجعي ، ومعتدة من طلاق بائن

(١) بدائع الصنائع : ٢٦٨/٢ وما بعدها ، المسر للعصار : ٣٨٠/٢ - ٣٨٠ ، مغني المحتاج : ١٣٥:٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٧/٥ ، أحكام القرآن للكرهيم الحصاص : ٢٢٢/١ ، تفرغين الفقهاء : ٢٠٥ ، المهذب : ٤٧/٢ .

أما المعتدة من طلاق رجعي : فتحرم خطبتها تصريحاً أو تعريضاً ، لأنها لم تخرج من عصمة زوجها وحقه في مراجعتها قائم ، ومن حقه أن يراجعها في أي وقت قبل انتهاء العدة رضيت أم كرهت ، فخطبتها كخطبة الزوجة تماماً ، وبما أن زوجة الغير من المحرمات بنص القرآن الكريم ، قال تعالى عطا على المحرمات : ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ ^(١) . أي وحرّم عليكم من الأجنيبات المحصنات وهن نوات الأزواج .

فإذا حرمت الغاية وهي الزواج حرمت بالتالي الوسيلة وهي الخطبة لأن القاعدة الشرعية تقول : كل ما أدى إلى الحرام يكون حراما .

ولما في ذلك من إيذاء زوجها وإثارة الشحنة بينه وبين من خطبها ، ولا يجوز ذلك حتى لو أذن الزوج في تلك الخطبة لأن حق الشارع في المنع قائم فلا يجوز إهداره ، وكذلك فإن خطبة المعتدة من طلاق رجعي فيها اعتداء على حق الزوج - كما وضع سابقا - والاعتداء على حق الغير ممنوع شرعا قال تعالى : ﴿ ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ﴾ ^(٢) .

وأما المعتدة من وفاة فتباح خطبتها تعريضاً وتحرم تصريحاً باتفاق الفقهاء لقوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به ، من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه ، واعلموا أن الله غفور حلیم ﴾ ^(٣) .

(٢) بقية من الآية ١٩٠ .

(١) النساء من الآية ٢٤ .

(٣) البقرة الآية ٢٢٥ .

والمراد بالنساء في هذه الآية : المعتدات لوفاة أزواجهن لأنها جاءت عقب قوله : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير﴾^(١).

والسبب : في إباحة خطبة المعتدة من وفاة زوجها تعريضا أثناء العدة أمران :
الأمر الأول : ورود هذا النص القرآني الكريم السابق وفيه ينفي الله تبارك وتعالى الإثم والجناح على من يقوم بخطبة المرأة المتوفي عنها زوجها أثناء عدتها تعريضا دون تصريح .

الأمر الثاني : أن صلة الزوجية قد انقطعت تماما بموت الزوج فلا أمل بعودة الحياة الزوجية مرة أخرى ، وبالتالي فلا يوجد الزوج حتى يتضرر من هذه الخطبة ولم يبق له حق يتعلق بزوجه التي مات عنها .

ويرى بعض العلماء : أن في هذا عزاء للمرأة التي توفى عنها زوجها حيث يجدد لها الأمل من جديد في حياة زوجية كريمة .

وأما السبب : في منع خطبتها أثناء العدة تصريحاً فلما يأتي :
أولاً : مراعاة حق الزوج وحق العشرة ، ولأن كون الزوج قد مات فلا أقل من أن تظهر أسفها وحزنها أثناء العدة على شريك حياتها ووالد أولادها . وفي الوقت نفسه تلزم بيتها وتبتعد عن الزينة .

ثانياً : المحافظة على شعور أهله وأقاربه وورثته من جانب وأصدقائه المقربين

(١) البقرة : ٢٣٤ .

من جانب آخر .

وواضح مما سبق - أن الأمر لم يتوقف عند حد الرجاء ، وحق العشرة وحسن الخلق ، بل تعداه إلى أمر سماوي وتشريع إلهي وهدي نبوي حتى لا يكون لأحد الخيار في أمر الله ورسوله قال تعالى : ﴿ وما كان لؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلّالاً مبيناً ﴾ ^(١) .

ماهو التصريح والتعريض ؟:

التصريح هو أن يذكر الخاطب لفظاً لا يحتمل سوى معنى الخطبة كقوله لمن يرغب الزواج بها : أريد أن أتزوجك أو أريد زوجة لي أو أرغب في زواجك ، أو يقول لولي المرأة أنا راغب في الزواج من ابنتكم أو كريمتكم .

وأما التعريض فهو خلاف التصريح من القول ، وهو أن يذكر المتكلم شيئاً يدل به على شيء لم يذكره . مثل أن يقول : إني أريد التزويج وإنك علي لكريمة .

ومن التعريض - أيضاً - أن يمدح الإنسان نفسه ، ويذكر مآثره على وجه التعريض بالزواج ، وقد حدث هذا من محمد بن الحسن حينما دخل على من توفي عنها زوجها فقال : قد عرفت قرابتي من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومن علي وموضعي من العرب ، فقالت غفر الله لك يا أبا جعفر ، أنت رجل يؤخذ عنك تخطيني في عدتي ؟ قال : إنما أخبرتك من قرابتي من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومن علي . بهذا يكون التعريض ^(٢) ، لذلك استطاع - رضي الله عنه - أن

(١) الأحزاب آية ٣٦ . (٢) وهو وضوح عرض الخطبة مع أن ظاهر اللفظ لسوئها .

يتنصل من تبعة القول سريعاً خشية أن يتحول التعريض إلى تصريح .

وقد دخل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على أم سلمة وهي متأمة من أبي سلمة ، فقال : (لقد علمت أنني رسول الله وخيرته وموضعي في قومي) وكانت تلك خطبته - صلى الله عليه وسلم - .

والفرق الآخر بين التعريض والتصريح هو : أن الخطبة بطريق التعريض جائزة في عدة المتوفي عنها زوجها قولاً واحداً ، وممنوعة - أيضاً - قولاً واحداً في عدة الرجعية ، وخلاف في عدة البائن كما سيأتي - بمشيئة الله تعالى - أما الخطبة بطريق التصريح أثناء العدة ، فذلك - أيضاً - ممنوع في الجميع قولاً واحداً ، وعلة المنع من التصريح في العدة أن ذلك ذريعة الموافقة في العدة التي هي محبوسة فيها على ماء الميت أو المطلق .

خطبة المعتدة من طلاق بائن :-

أما المعتدة من طلاق بائن ، فذهب فقهاء الحنفية وقول عند الشافعية إلى عدم جواز خطبتها بطريق التعريض ، لأن جواز التعريض جاء في المتوفي عنها زوجها دون سواها ، بنص القرآن كما سبق - إذاً يبقى الباقي على أصل المنع سواء كانت بينونة صغرى ، أو كبرى قياساً على المعتدة من طلاق رجعي .

لذلك ذهب الأحناف إلى الاستدلال على رأيهم بما يأتي :

أولاً: قوله سبحانه ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾ ^(١) خاص بالمتوفي عنها زوجها ، وليس عاماً كما يذكرون ، بدليل أن هذه

(١) البقرة من آية ٢٣٦ .

الآية جاءت مباشرة ، عقب قوله سبحانه ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾^(١) .

ثانياً: القياس على المتوفي عنها زوجها ، قياس مع الفارق ؛ لأن الحياة الزوجية مع الوفاة قد انهدمت تماماً وانتهت إلى غير رجعة ، فإن حدثت خطبة بالتعريض للمعتدة من وفاة ، فلا يترتب عليها أذى ، ولا اعتداء على أحد ، بخلاف المعتدة من طلاق بائن فمن الممكن عودة الحياة الزوجية إلى حالتها الأولى إذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى ، لأن الطلاق في هذه الحالة وإن كان يزيل ملك الزوج في الاستمتاع ، لكنه لا يزيل الحل بمعنى أنه يجوز له أن يعيدها إلى عصمته مرة أخرى بعقد ومهر جديدين بشرط أن تبارك المرأة هذه العودة وترضى بها ، وهذا كاف في منع خطبتها لئلا يؤدي ذلك إلى إثارة البغضاء والشحناء بين مطلقها وخاطبتها .

ثالثاً: عدة المتوفي عنها زوجها لا تخلوا من أحد أمرين : إما أن تكون حاملاً أو غير حامل ، فإن كانت الأولى فعدتها بوضع الحمل ، وإن كانت الثانية فعدتها أربعة أشهر وعشراً ، وفي كلتا الحالتين الأمر واضح .

أما المعتدة من طلاق ، فعدتها غالباً ثلاثة قروء ، والقول قولها في انتهاء العدة ، فربما لو عرض لها خاطب أدى ذلك إلى كذبها .

رابعاً: من الأمور التي تختلف فيها المعتدة من وفاة عن المعتدة من طلاق بائن ، أن المعتدة من طلاق بائن تمكث في منزل الزوجية ولا تخرج منه ، ولا يدخل عليها أحد بغير إذن مطلقها ، حتى تنتهي العدة بخلاف المعتدة من وفاة فهي لا تلزم

(١) النساء من الآية ٢٤ .

منزل الزوجية ، والخطبة تقتضي الرؤية لأجل هذا منع الحنفية التعريض بالخطبة في هذه الفترة .

وذهب المالكية والحنابلة ، وقول عند الشافعية إلى جواز خطبتها بطريق التعريض . قياسا على المتوفي عنها زوجها ، واستدلالا بعموم قوله سبحانه ﴿ ولا جناح عليكم فيما أعرضتم به من خطبة النساء ﴾ ^(١) .

فذلك راجع الى كل ماتقدم من المتوفي عنهن أزواجهن والمطلقات ، وكذلك فإن إباحة خطبتها بطريق التعريض ليس فيه اعتداء على حق المطلق لاشتراك المعتدة من طلاق بائن مع المعتدة من وفاة في انقضاء الحياة الزوجية ووضع حد لنهايتها .
وقد ثبت أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عندما طلقت فاطمة بنت قيس قد أباح خطبتها بطريق التعريض ، وهي في عدة الطلاق الثلاث .

أخرج مسلم في صحيحه من حديث فاطمة بنت قيس أن معاوية بن أبي سفيان وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أما أبو الجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، انكحي أسامة بن زيد فكرهته ، ثم قال : انكحي أسامة فنكحته فجعل الله فيه خيرا واعتبطت به ^(٢) .
وهذا من أقوى الحجج التي استند إليها جمهور الفقهاء لإثبات دعوتهم وتقوية حجتهم .

وبعد هذا العرض لرأي الفريقين أستطيع أن أقول : بأنه ينبغي التفريق بين المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ، فإن كانت الأولى فلا يصح

(١) سبق تحقيقها .

(٢) سبق تحقيقه .

لها التعريض ، لأن الحياة الزوجية - كما سبق - لم تقسم عراها نهائيا ، فمن حق الزوج أن يعيد زوجته برضاها بعقد ومهر جديدين ولا يخفى ماسوف سيترتب على هذا - أي إذا حدث التعريض - من شحناء وخلافه أما إن كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى ، والمعروف أنه يزيل الحل والملك معا ، بمعنى أنه لا يحل للمطلق أن يعيد زوجته مرة أخرى حتى تنكح زوجا غيره ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾^(١) .

ولما كان المطلق طلاقا بينونة كبرى لا يستطيع إعادة الزوجة مرة أخرى حتى تتزوج بآخر ، فلا مانع إذا أن يكون هناك تعريض بالخطبة .

★ الخطبة على الخطبة^(٢) :-

قد يتوفر الشرط الأول في المرأة التي تباح خطبتها ، وهي أن تكون خالية من الموانع الشرعية بحيث يصح الاقتران بها في الحال ، وقد وضع هذا فيما سبق . ولكن قد يعرض لها عارض ، وهو أن غيره سبقه إلى خطبة تلك المرأة وهذا الصنيع يجعلها ممنوعة من الناحية الدينية منتجة لأثرها من الناحية القضائية . وديننا الحنيف قد وضع قيوداً ، وشروطاً في جعلتها من صالح البشر ، وحتى لا يظلم انسان انسانا ، ولا يسبب له حرجا ، ولا ألما جسيا أو نفسيا . وهذه سمات المجتمع الصالح التي ينبغي توافرها في أفرادها .

(١) القرآنية ٣٢٠

(٢) مختصر الطحاوي : ص ١٧٨ ، للهدب ٤٧/٢ . الشرح الصغير ٣٤٢/٢ وما بعدها ، المفني ٦٠٧/٦ . القوانين الفقهية ص ٢٠٥ .

يقول صلى الله عليه وسلم (ترى المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل
الجمد الواحد ...) ويقول صلى الله عليه وسلم (كل المسلم على المسلم حرام ،
دمه ، وماله ، وعرضه ، فلا يظلمه ولا يسلمه)^(١) .
ولهذا فقد وردت الأحاديث الصحيحة التي تنهي عن الخطبة على الخطبة
ومنها :

١- روى أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
قال : (المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا
يخطب على خطبة أخيه حتى يذر)^(٢) .
٢- وروى البخاري عن أبي هريرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال :
[لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك] .

فهذان الحديثان يفيدان تحريم الخطبة على الخطبة ، فإذا ماتقدم رجل
وخطب امرأة ، فلا يصح شرعاً أن يتقدم رجل آخر لخطبة تلك المرأة حتى ينكشف
الأمر ويتضح الموقف بالنسبة للخطاب الأول .

فالواضح من هذه الأحاديث أن الخطبة على الخطبة حرام : سواء أوجب
الخطاب أم لا ، والصحيح أن هذا الظاهر غير مراد ، وإنما المراد هو من أجيبت
خطبته وقبلت رغبته ، أما من رفضت خطبته فلا يشملها النهي ، ومثلها ما إذا أذن
الخطاب الأول للثاني كما صرحت بعض الأحاديث ، لأننا لو منعنا خطبتها لغيره .

(١) روه مسلم عن أبي هريرة كشف الخفاء ومزيل الإلباس ١٨٣/٢ .

(٢) ولكن يستثنى من ذلك بيع الزائدة ، روه أحمد ومسلم عن ابن عمر - تيل لأوطار ١٦٧٠٥ - ١٦٨ .
سبل السلام ٢٢٢/٣ ، ٢٣ ، ١١٣ .

الأول لألحقنا بها الضرر البالغ ، وهذا ما لا يقصده الشارع . لأن الخطبة في هذه الحالة لا تسمى خطبة على خطبة ، لأن المرأة لا تسمى حينئذ مخطوبة للخاطب الأول .

والمخطوبة لا يخلو حالها من ثلاث حالات :

أحدها : أن تسكن إلى الخاطب فتجيبه ، أو تأذن لوليها في إجابته أو تزويجه ومعنى هذا أن الخطبة إذا ما صادفت استجابة أولياء المخطوبة أو منها إن كانت أهلا لذلك ، ففي هذه الحالة ، يحرم على غير خاطبها خطبتها للأحاديث السالف ذكرها ، ولأن في ذلك إفسادا على الخاطب الأول ، وإيقاع العداوة بين الناس ، ولذلك نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك - كما سبق - والنهي عند الجمهور ، أصله التحريم إلا لدليل يصرفه عنه ، وادعى النووي الإجماع .

ثانياً: أن ترده ، وترفض خطبته ، أو يترك هو خطبتها ، أو يأذن الخاطب الأول للثاني ولا يحدث بينهم ركون وود وتقام .

ففي هذه الحالات ينبغي ألا نفهم منها عدم الخطبة ، أو لا يتقدم لخطبتها أحد ، وإلا لحق بها ضرر ، وظلم ، وفساد ، لا يرضى به الشارع ولم يقصده .

والدليل على أن الخطبة على الخطبة لا تحرم إلا بعد الإجابة ما روته فاطمة بنت قيس من أنها - أنت النبي - صلى الله عليه وسلم - تستشير ، فيمن تنكحه ، وقالت له : إن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني ، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (أما أبو جهل فلا يضع العصا عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له فأنكحي أسامة بن زيد)^(١) .

(١) سبق تحقيقه .

فهذا يدل على أن الحرمة مشروطة بالركون للخاطب الأول ، وإلا لما أمرها أن تنكح أسامة بن زيد ، بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها .

وجه الاستدلال من الحديث إنها لما أخبرته بخطبتها فإن كان مجتمعين فقد خطب أسامة على خطبتها . وإن كان متعاقبين فالثاني خطب على خطبة الأول ، وأسامة خطب على خطبته ، ولكن إرشاده - صلى الله عليه وسلم - إياها إلى أسامة صريح في الجواز .

ثالثاً: التردد بين الرفض والقبول ، والسكوت ، ففي هذه الحالة لم ترفضه صراحة ولم تقبله صراحة ، مما جعل الفقهاء يختلفون في هذه الحالة إلى فريقين .

الفريق الأول : ذهب إلى القول بعدم التسرع من جانب الخاطب الثاني ، لأن خطبة الأول ما زالت موجودة وإن كانت في حالة تجمد - إن صح التعبير - فهي تعد مخطوبة ، وهو يعد خاطباً ، ثم إن ظاهر الأحاديث في هذا الموضوع يرجح هذا الرأي ، قال صلى الله عليه وسلم : (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يذر)^(١) . ومرة أخرى يقول : (حتى ينكح أو يترك) ومرة ثالثة يقول صلى الله عليه وسلم : (حتى يترك الخاطب قبله ، أو يأذن له الخاطب) مما يفيد أهمية البت في الخطبة الأولى .

وهذا السكون من جانبها وإن لم يكن دالاً على الرضا بالخاطب ، فهو في نفس الوقت لا يدل على الرفض لاحتمال وجود أصل الرغبة ، فأباحة الخطبة الثانية في هذه الحالة قد يترتب عليها زوال تلك الرغبة ورفض خطبة الأول ، وهو نوع اعتداء ،

(١) سبق غقيقه .

عليه والله لا يحب المعتدين .

الفريق الثاني: وهو لبعض الشافعية :

يرى هذا الفريق : جواز الخطبة من الثاني في هذه الحالة لأن السكوت في معنى الرفض الضمني ، ولأن خطبة الأول مع التردد لم تتم ، فيعتبر هذا رفضاً ، وبالتردد لم يثبت له حق حتى يكون ثمة اعتداء عليه ، فإن غضب فبغير حق .

قال صاحب المذهب : (وإن لم يصرح له بالإجابة ولم يعرض عنه لم يحرم على غيره مستنداً بحديث فاطمة بنت قيس) .

وبعد أن اتضح فيما سبق حكم الإجابة بالتصريح ، وحكم الرفض ، وحكم التردد بين القبول والرفض ، ونريد أن نتعرف الآن على حكم ما لو أجيب الخاطب الأول من المرأة أو وليها بطريق التعريض ، كقولها : لارغبة عنك ، فهل يصح لغيره أن يخطبها ؟

انقسم الفقهاء في ذلك الى فريقين :

الفريق الأول :-

ذهب الحنابلة في المشهور عندهم ، وقول عند الشافعية ، إلى القول : بأنه لا يصح أن يتقدم أحد لخطبتها في هذه الحالة ، محتجين بموم قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه) .

وقالوا : إن الركون يستدل عليه بالتعريض تارة ، وبالتصريح أخرى وقد وجد منها ما يدل على الرضا به ، وسكونها إليه ، ولهذا فقد حرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك ، لأن جواز خطبتها من رجل آخر فيه إفساد لما تقارب بينها وبين الخاطب الأول ، وهذا لا يجوز .

الفريق الثاني :-

ذهب الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية إلى القول بأنه لامانع شرعا : في حال الإجابة بطريق التعريض للخاطب الأول ، أن يكون هناك خاطب آخر . لأنها لم يحدث بينها وبين الخاطب الأول سكون ، ولا تقارب ، مستدلين على ذلك بحديث فاطمة بنت قيس .

وقالوا : بأن الثابت أن الحرمة توجد حيث يوجد التصريح ، وقد علم أنها لم تجب الأول صراحة ، فلا حرمة .

ماذا لو كان الخاطب الأول غير صالح ، أو غير مسلم ؟ .

يرى الإمام أحمد والأوزاعي وبعض الشافعية : أن محل التحريم إذا كان الخاطب مسلماً ، فلو خطب الذي ذمياً ، فأراد المسلم أن يخطبها ، عند من يجوز تكاحها ، جاز له ذلك استدلالاً بقوله - صلى الله عليه وسلم - : من حديث عقبة بن عامر عند مسلم (المؤمن أخو المؤمن فلا يحق للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر)^(١) ولا أخوة بين المسلم والكافر فهي مقطوعة .

وأما ما ذكر من حديث ابن عمر عن إفادته العموم والاطلاق فإن هذا الإطلاق مقيد بما جاء في قوله - صلى الله عليه وسلم - : (على خطبة أخيه) .

قال بن قدامة فإن كان الخاطب الأول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال : لا يخطب على خطبة أخيه ولا يماوم على سوم أخيه ، إنما هو للمسلمين .

(١) سبق غقيقه .

وذهب جمهور الفقهاء : إلى القول بأن الخطبة على الخطبة ممنوعة مطلقاً سواء كان الخطيب الأول كافراً أو مسلماً ، وعلى ذلك ينبغي إلحاق الذمي بالمسلم في حرمة خطبته .

وأن التعبير - أخيه - خرج مخرج الغالب ، فلا مفهوم له وهو كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ ﴾ ^(١) . وكقوله ﴿ وَرَبَّانِيكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾ ^(٢) .

أما الفاسق : فقد نقل عن بن القاسم صاحب مالك أن الخطبة على الخطبة ، لا تحرم إلا إذا كانت راکنة لصالح ، وأما الراکنة للفاسق ، فلا تحرم خطبتها ، إن كان الثاني صالحاً أو مجهولاً وإلا حرم .

والحكمة في ذلك : أي من جواز الخطبة على الفاسق واضحة ، لأنه غير أمين على نفسه ، فكيف يؤتمن على غيره إذ فاقده الشيء لا يعطيه ، وجواز خطبة الصالح على خطبته إنقاذ لها من شروره ، وتخليص لها من ظلمه فأمثال هؤلاء ليسوا أهلاً لهذه النعمة التي قال الله فيها ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ ^(٣) .

وقد نصت المادة رقم - ٢ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على أن : [تمنع خطبة المرأة المحرمة ولو كان التحريم مؤقتاً ويجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة واللبانة] أما مشروع الإمارات فإنه لم يتعرض لهذا .

(١) الإسراء من الآية ٣١ .

(٢) النساء من الآية ٢٣ .

(٣) الروم آية ٢١ .

أثر الخطبة المحرمة في العقد عند الفقهاء^(١)

إذا خطب رجل امرأة لاتجوز له خطبتها شرعا فإنه يكون آثما باتفاق الفقهاء ، وذلك لمخالفته مانهى الشارع عنه ، فلو أن رجلا خطب امرأة سبقه غيره الى خطبتها ، وبعد أن ركن الأول إليها وركنت اليه ، ثم عقد الثاني العقد وتزوجها ، رغم أن النهي صريح في هذا الشأن ، فهل يكون لهذا النهي أثر في صحة العقد ؟ للفقهاء ثلاثة أقوال في ذلك :-

١- ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى أن هذا النهي لا يؤثر في العقد قضاء بمعنى أن القاضي لا يحكم بفسخه فإنه ربما يكون قد استوفى أركانه وشروطه ، وإنما أثره هنا يكون من الناحية الدينية فقط ، لأنه فعل مانهى عنه الشارع فعقابه أخروي ، وذلك لأن النهي إنما هو عن الخطبة والخطبة أمر آخر غير العقد وليست ركنًا من أركانه ، ولا شرطًا من شرائط صحته ، فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة لانه لاملزمة بين كون النهي للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو - أي النهي عن الخطبة - عندهم للتحريم ولا يبطل العقد .

قال صاحب المذهب : (فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لايجوز فتزوجها صح النكاح لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد) .
وقد جعلوا له نظيراً في عدم تأثره في صحة العقد ، وهو أن من اغتصب ماءً ،

(١) مختصر الطحاوي ص ١٧٨ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣/٢ ، المذهب ٤٧/٢ ، الشرح الصعمر ٣٤٢ / ٢ وما بعدها ، للمضي ٦/٦٠٧ ، مطالب أولو النهى في شرح غاية النهى ٢٦/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٥ .

ثم توضأ به فإنه تصح به الصلاة ، ولكن يأنم بالاغتصاب ، فالإثم اتصل بالوسائل ولم يصب العقد .

٢- ذهب داود الظاهري إلى أن العقد فسد في هذه الحالة ، ويجب فسخه مطلقا قبل الدخول وبعده ، وقالوا بأن النهي منصب على الغاية وهو الزواج ، وليس على مجرد الخطبة لأنها وسيلة الى الزواج ، وبما أن الخطبة باطلة من أساسها فإن العقد باطل كذلك .

وقالوا أيضا ، بأن النهي في الخطبة على الخطبة ، ثابت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والنهي يدل على فساد المنهي عنه .

ويرد على ذلك : بأن فساد الخطبة لا يترتب عليه فساد العقد ، فهي لاتعدو أن تكون وسيلة ومقدمة غير لازمة له ، فليس كل عقد تسبقه خطبة ، وليس كل خطبة تلحق بعقد ، فلو أن رجلا عقد على امرأة مباشرة دون خطبتها . فإن العقد يكون هنا جائز شرعاً .

٣- وللمالكية في هذه المسألة ثلاثة آراء :-

الأول : يقولون : بأن العقد صحيح مثل رأي الجمهور وهذه رواية غير مشهورة عنهم .

الثاني : يقولون : بأن العقد باطل ، كرأي الظاهرية ، ويفسخ مطلقا . قبل الدخول وبعده .

الثالث : وهو الرأي المشهور عنهم فقد فرقوا بين حالتي الدخول وعدمه . فإن عثر على هذا العقد قبل الدخول فسخ العقد ، وإن لم يعثر عليه إلا بعد الدخول . فالعقد يمضي . ولا يفسخ . لتأكد العقد بالدخول ، فلا يجوز فسخه لما يترتب عليه

من أضرار .

والذي أختاره هو ما ذهب إليه الجمهور لأنه الراجح ، لأن الخطبة ليست ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروط صحته ، وإن كانت الخطبة على الخطبة منهيّا عنها شرعا ، والخطاب الثاني آثم باتفاق الفقهاء ، وأن النهي للتحريم ، لكن لا أثر لهذا الاثم في صحة العقد ، ولا ملازمة بين كونه للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو عندهم للتحريم ولا يبطل العقد .

وحيث أن الثابت أن الخطبة غير ملزمة ، فإن الرجوع عنها جائز شرعا ، ومن حق كل طرف من طرفي الخطبة أن يرجع عنها إذا تأكد له أن مصلحته أو مصلحة من في ولايته يقتضي ذلك وهذا كاف في عدم لزومها .

* النظر إلى المخطوبة :- (١)

ينبغي على من يريد الزواج بامرأة أن يتعرف على أخلاقها وصفاتها ، كما ينبغي للمرأة أيضا أن تتعرف على أخلاق من يريد الزواج بها ليكون كل منهما على بينة من الآخر قبل الاقدام على عقد الزواج وطريق التعرف على الجانب الخلقي هو البحث والتحري وسؤال المخالطين والواقفين على دخائلهما .

وأما بالنسبة للصفات الخلقية ، والأوصاف الحسية ، كجمال الخلقة وحال الجسم من الامتلاء والتحافة . وغير ذلك فيكون بنظر كل منهما للآخر ورؤيته .

(١) كتاب مع لباب ١٦٢/٤ ، مغني المحتاج ١٣٨/٣ ، كشف القناع ٩/٥ ١٥ - لغني ٥٢٢/٦
٥٦٣ ، شرح لصغر ٢٨٨/١ وما بعدها ، أحكام القرآن للحصايس ٣١٨/٣ ، أحكام القرآن لابن
عربي ١٣٦٢/٣ .

وهذا يقتضي الحديث عن :

أولاً : حكم النظر إلى المخطوبة .

ثانياً : المواضع التي يجوز النظر إليها .

ثالثاً : حكم الخلوة بها .

أولاً : حكم النظر إلى المخطوبة :

حُرمت الشريعة الإسلامية النظر إلى المرأة الأجنبية - غير المحرم - لأن النظر مظنة الفتنة ، ومحرك للشهوة ومعلوم أن النظر المحرم هو ما كان لعمرة المرأة ، وهي ماعدا الوجه والكفين^(١) قال سبحانه ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ ، وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ ... ﴾^(٢) وقوله صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبي طالب : (يا علي لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولى ، وليست لك الآخرة)^(٣) .

ولكنها - أي الشريعة - أباحت النظر إلى المخطوبة مع كونها أجنبية وذلك تحقيقاً لغايتها ، وقطعاً للنزاع الذي يكون بعد العقد . /

بل ندب الشارع ورغب في النظر إليها مبيناً الحكمة في ذلك .

يقول - صلى الله عليه وسلم - للمغيرة بن شعبة حينما خطب امرأة ليتزوجها : (أنظرت إليها ؟ فيقول المغيرة : لا ، فيعلمه - صلى الله عليه وسلم - ويقول له : أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)^(٤) ومعنى هذا أن النظر سبيل إلى دوام العشرة بينهما .

(١) الكتاب مع اللباب ١٦٢/٤ ، مغني المحتاج ١٢٨/٣ ، كشاف القناع ٩/٥ ، المغني ٥٥٢/٦ ، أحكام

القرآن للحصص ٣١٨/٣ . (٢) النور آية ٣٠ .

(٣) رواه أحمد وأبو حنود نيل الأوطار ١١١/٦ . (٤) نيل الأوطار ١١٠/٦ .

ويقول صلى الله عليه وسلم - لجابر رضي الله عنه - (إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينتظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل) فيقول جابر : خطبت جارية فكنت أنتخباً لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها (١) .
وبهذا حبيب الشارع ورغب في النظر إلى المخطوبة لأن ذلك يؤدي - كما سبق - إلى دوام العشرة ، وادعى إلى الوثام والرضا والألفة . ولكن إذا لم يمكنه النظر إليها ، أو لم يتيسر له ذلك ، أو كان يستحي من النظر إليها ، استحب له أن يبعث بامرأة يثق بها تنظر إليها وتخبره بصفتها ، لأن المقصود من الزواج دوام الألفة فكل ما يوصل إليها كان مطلوباً شرعاً .

فقد روى أنس أنه صلى الله عليه وسلم بعث أم سليم إلى امرأة فقَالَ : (أنظري إلى عرقوبها ، وشمي معاطفها) (٢) .

ولا شك أن هذه مهمة ليست بالأمر اليسير ، لذلك وجب أن يشترط فيمن يقوم بهذه المهمة أن يكون على قدر كبير من الأمانة والنبل وكرم الأخلاق وأن يكون ممن خالطوها بالمعاشرة أو الجوار أو غير ذلك .

- نظر المرأة إلى الرجل :

لا شك أن حق النظر ليس مقصوراً للرجل فقط ، بمعنى أن المرأة من حقها أن تنظر إلى الرجل ، كما هو ثابت تماماً للرجل ، ولكن النصوص لم تتعرض لذلك ، لأن الرجل من شأنه الظهور في كل مكان والوقوف على حاله ميسور ، بخلاف المرأة المسلمة فإن من شأنها العفاف وعدم الظهور إلا لحاجة ، لذلك جاءت النصوص لتوضح

(١) سبل السلام ١١٩/٣ .

(٢) أمروجه أحمد والطبراني والحاكم والبيهقي (سبل السلام ١١٣/٢ ، نيل الأوطار ١١٠/٦) .

هذا الحق للرجل - أي الخاطب - وإلا فإن الحكمة التي من أجلها أبيح النظر للمرأة - أي المخطوبة - فإنها أيضاً مطلوبة في حق المرأة وكان من حق المرأة النظر إلى خاطبها حتى ترضى به أو لا ترضى .

ثانياً : المواضع التي يباح النظر إليها :^(١)

إذا كان الشارع الاسلامي قد رغب وحجب في النظر الى المخطوبة ، فما هذا إلا لأن النظر يعين على دوام العشرة مع المودة والألفة ، إلا أن العلماء اختلفوا في المواضع التي يباح النظر اليها إلى أقوال :

١- يرى أكثر الفقهاء أن للخاطب أن ينظر إلى من يريد خطبتها إلى الوجه والكفين فقط ، لأن رؤيتهما تحقق المطلوب من الجمال وخصوبة الجسد وعدمهما ، فيدل الوجه على الجمال أو ضده لأنه مجمع المحاسن والكفان على خصوبة البدن أو عدمها .

واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾^(٢) .

قال بن عباس - رضي الله عنهما - ، في تفسير قوله تعالى ﴿ما ظهر منها﴾ - أي الوجه والكفان ، فرخص فيما يقع به المرفة من الوجه ، وفيما يقع البطش به في غالب الأمر وهما : اليدان ، وأوجب سترما سوى ذلك إلا من يعولتهن والمحارم وما ملكت أيمانهن من العبيد) .

(١) المراجع السابقة النظر إلى المخطوبة .

(٢) النور الآية ٣١ .

قال ابن كثير : ويحتمل أن بن عباس ومن تابعه أرادوا تفسير - ماظهر منها - بالوجه والكفين ، وهذا هو المشهور ، ويستأنسون له بالحديث الذي رواه أبو داود عن عائشة - رضي الله عنها - (أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على الرسول - صلى الله عليه وسلم - وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال : يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصح لها أن يرى منها إلا هذا وهذا ، وأشار إلى وجهه وكفيه)^(١) وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر .

وذهب الإمام أبوحنيفة : إلى جواز نظر القدمين زيادة على الوجه والكفين لأن الأعضاء الثلاثة تعد من جماع محاسن المرأة .

وللحنابلة في هذه المسألة : أكثر من رواية : فهم يرون الاقتصار على نظر الوجه فقط من غير خلوة ، وهذه إحدى الروايات عن أحمد .

قال بن قدامة : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ، ولا يباح له النظر إلى ما يظهر عادة .

أما ماسوى ذلك مما يظهر من المرأة - في منزلها ففيه روايتان :

إحداهما : لايباح النظر إليه لأنه عورة فلم يباح النظر إليه .

ثانيهما : له النظر إلى ذلك ، وهذا ماحدث من الفاروق عمر رضي الله عنه - حينما كان يخطب ابنة علي فكشف عن ساقها فقالت : أرسل لولا أنك أمير المؤمنين للطمت لعينك) .

(١) رواه أبو داود عن عائشة ورواه البيهقي تفسير آيات الأحكام ١٥٤/٢ .

ويرد على هذا كله ، بأن ما ذهب إليه الجمهور هو الأصح والذي نطمئن إليه . وذلك لأن قوله سبحانه ﴿إلا ما ظهر منها﴾ المراد به الوجه والكفان ، كما ذهب ابن عباس إلى ذلك ، ويقوي ما ذهب إليه ابن عباس حديث أسماء السابق (أن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصح) .

وكذلك فإن الحاجة ستدفع بنظر الوجه والكفين والحديث مطلق ومن ينظر إلى وجه إنسان سمي ناظرا إليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائيا له كما قال سبحانه ﴿وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم﴾^(١) .

* تحريم الخلوة بالمخطوبة :

فما هو معروف أن الشريعة الإسلامية حرمت الخلوة بالأجنبية ، أي أنه لا يحل الجلوس معها إلا بحضور محرم لها ، كأبيها وأخيها ... ، والخطبة إذا تمت بين الرجل والمرأة ، فهي وعد بالزواج في المستقبل ، وعلى هذا فلا يحل شرعا للخطيب أن يختلي بمخطوبته ، لأنها ما زالت أجنبية بالنسبة له ، وما دامت المخطوبة أجنبية فهي داخلة في دائرة التحريم ، ولقد ورد هذا التحريم في أكثر من حديث منها : قال النبي - صلى الله عليه وسلم - (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها ، فإن ثالثهما الشيطان)^(٢) .

وقال صلى الله عليه وسلم (إياكم والدخول على النساء ، فقال رجل من الأنصار يا رسول الله ، أفرأيت الحمى ؟ قال : الحمى : الموت)^(٣) .

(١) المتفقون آية ٤ (٢) رواه أحمد عن حنبل - قبل الأوطار ١١١/٦ .

(٣) معنى الحمى : يقال : هو أمر الزوج وما أشبهه من أقارب الزوج كإبن العم ونحوه . رواه أحمد والبحاري والترمذي عن عقبه بن عمر ، المرجع السابق .

وقال - صلى الله عليه وسلم - (لا يخلون رجل بامرأة لاتحل له ، فإن ثالثهما الشيطان ، إلا محرمٌ) بهذه الأحاديث الشريفة ، يتضح للجميع - مما لا يدع مجالاً للشك - أن الخلوة محرمة بين الرجل والمرأة الأجنبية منه ، ومن الأجنبيةات المخطوبة ، لأنها محرمة عليه حتى يعقد عليها .

وواضح أن علة التحريم أن الاختلاء بدون محرم يجعل للشيطان مجالاً واسعاً ، لذلك فإذا وجد المحرم جازت الخلوة لامتناع وقوع المعصية . ولكن لو عدم وجود المحرم هل يقوم غيره مقامه في ذلك كالنسوة الثقات ؟
اختلف الفقهاء في ذلك :

فذهب بعضهم إلى القول بالجواز لضعف التهمة ، وذهب البعض الآخر إلى القول بعدم الجواز وهو ظاهر الأحاديث .

ومما لا شك فيه أن رؤية المخطوبة مع المحرم - وهما رسمته الشريعة الغراء - هو السلوك الوسط ، فلا تغلق الباب تماماً حتى نحجب الرؤية عن الخاطب ، ولا يفتح على مصراعيه حتى تكون المحظورات وبهذا نجد الوسطية فيما ذهبت إليه الشريعة الغراء .

* العدول عن الخطبة وأثره :- (١) .

سبق أن اتضح لنا أن الخطبة ماهي إلا مقدمة وتمهيد لعقد الزواج ، فإذا ماتمت وحدث أن كان الإتفاق على المهر - كما يحدث من بعض الناس - وقيام الزوج بدفعه كله أو بعضه ، أو إعطاء المخطوبة بما يسمى بالشبكة ، فإن ذلك كله لا يخرج الخطبة عن حقيقتها ، وهي أنها مجرد وعد بالزواج مستقبلاً ، وعليه فهي ليست

(١) المراجع السابقة .

ملزمة بذاتها لأي واحد من الطرفين ، بل من حق كل من الطرفين أن يعدل عنها شرعا إذا وجد سبب وجيه لذلك .

وهذا مما دعا بعض الفقهاء إلى القول : بجواز العدول حتى مع عدم الكراهية ، لأن عقد الزواج أبدي ، يدوم الضر فيه ويعظم ، فينبغي على كلا الطرفين أن يحتاط في الاقدام عليه ، حتى إذا تم العقد أنتج الثمرة المرجوة منه من السكن . والمودة ، والرحمة ، وكان بحق هو الآلية العظيمة من آياته سبحانه : قال سبحانه : ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ... ﴾ ^(١) .

أما إذا لم يوجد سبب وجيه ، ومبرر قوي للعدول . فلا ينبغي له أن يعدل مراعاة لحرمة البيوت ، ومحافظة على كرامة الفتاة . ووفاء بوعده وعهده قال سبحانه : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا ﴾ ^(٢) .

وقال - صلى الله عليه وسلم - إضمنوا لي ستا من أنفسكم أضمن لكم الجنة : إصدقوا إذا حدثتم ، وأوفوا إذا وعدتم ، وأدوا إذا ائتمنتم ، واحفظوا فروجكم . وغضوا أبصاركم ، وكفوا أيديكم ^(٣) .

وكذلك لا يجوز للمخطوبة أو وليها أن يعدلا عن الخطبة بدون مبرر قوي محافظة على كرامة الخاطب ومراعاة لشعوره ، ووفاء بالوعد والعهد .

(١) طروم آية ٢١ .

(٢) الإسراء من الآية ٣٤ .

(٣) رواه أحمد وابن حبان والحاكم والبيهقي عن عيادة بن الصامت وهو صحيح .

* أثر العدول عن الخطبة :- (١) .

سبق أن اتضح أن الخطبة وعد بالزواج ، وليست عقداً ، وسبق كذلك أنه يجوز لكل من الطرفين أن يعدلا عنها ، وإن كان هذا مكروهاً إذا لم يوجد لهذا العدول سبب : لأن الأصل الوفاء بالعهد كما اتضح ذلك فيما سبق أيضاً - .

ولكن إذا تم هذا العدول - على أي حالة كانت - وكان قدم مهراً أو شبكة أو هدايا : وكذلك لو قدمت المخطوبة هدايا للخاطب ، أو حدث ضرر لأحد الطرفين نتيجة لهذا العدول ، فماذا يكون الحكم ؟

إن الفقهاء قد اتفقوا على إعادة المهر أو بعضه إذا كان قدم كله أو بعضه في فترة الخطوبة ، ويرجع بعينه إذا كان قائماً ، أما إذا استهلك أو هلك رجع بقيمته إن كان قيمياً ، وبمثله إن كان مثلياً ، أي كان سبب العدول ، من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة .

أما الشبكة أو الهدايا الأخرى ، فلهما حديث آخر :-

حكم الشبكة :-

لقد جرى في بعض البلاد ، أن الخاطب يقدم لمخطوبته أثناء الخطبة ما يسمى بالشبكة : وقد أصبح هذا النوع من الهدايا _ الشبكة - جزءاً من المهر لا بد من تقديمه - في بعض البلاد - لذلك فهي - أي الشبكة - تأخذ حكم المهر من وجوب ردها مطلقاً ، سواء كان الرجوع من الخاطب أو المخطوبة ، أو من وليها .

[وقد نصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية المصري في الفقرة -ب- على الآتي : ويعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه . أي

(١) رد مختار ٥٩٩٠٢ ، شرح لصغير ٤٥٦/٢ .

التي جرى العرف باعتبارها مهراً .

وقد نصت المذكرة التفسيرية لهذا المشروع على أن الشبكة تعتبر من المهر أخذاً بما جرى به العرف في هذا الشأن [^(١)] .

وقد أخذ مشروع قانون الامارات - بما جاء في القانون المصري - حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة الثانية على الآتي : [ويعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه] . وأما مشروع دول مجلس التعاون فإنه لم يتعرض لهذا .

حكم الهدايا :-

وأما الهدايا المقدمة من كلا الجانبين - الخاطب أو المخطوبة - فقد تعددت فيها آراء الفقهاء الى الآتي :

*** الحنفية :-** ذهب الحنفية ، إلى القول بتطبيق قواعد الهبة عندهم على الهدايا ، والهبة عندهم يجوز الرجوع فيها مادامت باقية .

أما إن هلكت ، أو استهلكت أو حصل منها مانع من موانع الرجوع في الهبة فليس للخاطب حق الرجوع ، لأن الهدية هبة ، والهبة لاتسترد حال وجود مانع من موانع الرجوع فيها .

وهذا الحكم يستوي فيه كون فسخ الخطبة من جانبها معا ، أو من جانب الخاطب وحده ، أو من جانب المخطوبة وحدها .

*** المالكية :** ذهب المالكية إلى القول في المشهور عندهم - بعد الرجوع مطلقاً إلا إذا كان هناك شرط بين الخاطب والمخطوبة أو وليها ، فإن وجد الشرط عمل به وينفذ ،

(١) نظام الأسرة لأسئلة من كلية الشريعة ص ١٠٥ .

وهو لم يكن خادعا لها بهذا الاشتراط ، وكذلك إذا كان هناك عرف يسوغ الرجوع ، فإنه يكون كالشروط ، فالعروف عرفا كالشروط شرطا ، فلا يكون ثمة خداع . ولكن للمالكية رأي مفتى به : وهو الذي يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة ، وهدايا الآخر ، فإن كان الذي أهدى هو الذي عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئا من الهدية ولو كانت قائمة حتى لا يجتمع على الطرف الآخر ألم العدول ، وألم الاسترداد ولأن إبطال العمل تم من جانبيه ومن سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مسرود عليه .

وإن كان المهدي هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ماأهدى ، سواء أكان قائما ، أم هالكا أو مستهلكا ، ويرد القائم بعينه ، والهالك أو المستهلك . يعوضه .

★ الشافعية :- اختلف الشافعية في هدايا الزواج :

أولاً : ذهب البعض منهم إلى القول : بوجوب الرجوع في الهدايا مطلقا ، هلكت أم لا ، وسواء أكان العدول منها معا أم من الرجل وحده أم من المرأة وحدها . وعلى هذا فيجب ردها واستردادها ، فإن كانت قائمة ردت بعينها ، وإن هلكت أو استهلكت ترد قيمتها إن كانت قيميه ، أو مثلها إن كانت مثلية ، لأنها قدمت لغرض لم يتم .

والرد هنا يكون مطلقا - كما سبق ذلك - إذا كان قبل العقد ، وكذا بعده إن طلق قبل الدخول ، إلا إن ماتت هي ، ولا رجوع بعد الدخول مطلقا ، وهذا مذهب إليه الشيخ شهاب الدين القليوبي .

ثانياً : وذهب البعض الآخر منهم الى القول بالتفريق بين أمرين :

فإنما أن يعدل الخاطب : أو المخطوبة أو وليها . فإن عدل الخاطب عن الخطبة فلا يحق له الرجوع بما أهداه ، للإيذاء الذي لحقها من الإعراض عن الخطبة وإن عدلت المخطوبة أو وليها ، أو هما معا ، فللخاطب الحق في استرداد ما أهداه لأن الغرض الذي من أجله قدم الخاطب هديته لم يتم ، وواضح أن هذا الرأي يتفق مع الرأي المفتي به عند المالكية .

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بقوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) .

وقد ذكر أصحاب هذا الرأي أن الغصب نوعان : غصب إستيلاء ، وهو أخذ المال على جهة الاستيلاء والقهر والغلبة وغصب استحياء ، وهو أخذه بنوع من الحياء .

قال الفزالي : وهما محرمان ، لأنه لا فرق بين الإكراه على أخذ الأموال بالسياط الظاهرة ، وبين أخذه بالسياط الباطنة .

★ الحنابلة :- ذهب الحنابلة إلى القول بأن من حق الرجل إذا أهدى هدية لمخطوبته ، ولم يتم الزواج فله أن يرجع فيما أهداه ، لأن الغرض من دفع الهدايا إنما هو إتمام عقد الزواج ، وحيث ثبت عدم زواجه منها ، فلم يتحقق غرضه من الهدايا ، وهو الزواج ، وقد قاسوا على حقه في الرجوع رجوعها هي لو وهبته شيئا قبل الدخول ثم طلق .

وعلى هذا : فهم متفقون مع مذهب المالكية - في أحد أقوالهم - والمتأخرين من الشافعية .

وخلاصة القول في الهدايا عند الفقهاء :

فقد اتضح أن الحنفية يطبقون على هدايا الخطبة أحكام الهبة ، فلا تسترد إذا هلكت أو استهلك ، أو عرض لها أي مانع من الموانع التي تمنع رجوع الهبة .
لذلك لا يمكن الرجوع بقيمتها عند العدول .

أما المالكية : فإن ما ذهبوا إليه أن الهدية لا ترد مطلقا إلا إذا كان هناك شرط بين الخاطب والمخطوبة أو وليها ، أو كان هناك عرف ، وإن كان الرأي المفتي به عندهم أنهم يفرقون بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر - كما سبق -
وأما الشافعية : فقد اتضح - سابقا - أن بعضهم ذهب إلى حق الرجوع في الهدايا مطلقا - أي بوجوب رجوعها - هلكت أم لا ، وسواء أكان العدول منهما معا أو من أحدهما ، وذهب البعض الآخر إلى القول المفتى به عند المالكية ومعهم بعض الحنابلة ، أما الأصل عند الحنابلة فإن من حق الرجل إذا أهدى هدية لمخطوبته ولم يتزوج فله أن يرجع فيما أهداه ، وكذلك المخطوبة .

وكذلك إذا انتهت الخطبة بالوفاة ، أو بعارض حال دون إتمام الزواج مثل :
أسر إحدى الطرفين ، أو جنونه فلا ترد الهدايا في هذه الحالات ، ومصدر ذلك فقه الحنابلة .

جاء في كشف القناع (... لأن عدم التعمام ليس من جهتهم ، وعلى قياس ذلك لو مات الخاطب لأرجوع لورثته) .

وجاء أيضا في منار السبيل (... فإن كان الاعراض منه أو ماتت فلا رجوع له) .

والذي يطمئن إليه الإنسان ويختاره هو الرأي المفتى به عند المالكية حتى

لا يجتمع على الطرف المرفوض ألم الرفض والهدايا الذي قدمها ، ومعلوم أن ما يقدم من الهدايا الاستهلاكية والقليلة مثل الطعام والشراب لا يرد ، لأن رد مثل هذه الأشياء يتنافى مع المروءة . وقد نصت على هذا العدول المادة - ٣ - من مشروع الإمارات وجاء بها :

١- [إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر .

٢- وإن كان العدول بمقتضى فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا .

٣- وذلك كله مالم يكن هناك شرط أو عرف] .

والمشروع الموحد لدول مجلس التعاون نص على نفس هذا المعنى في المادة - ٣ -

- فقرة ب .

وبهذا نجد أن المشروعين قد اقتربا من الرأي الثاني للمالكية حيث أنهما فرقا بين العدول بمقتضى والعدول بغير مقتضى . وكذلك نص مشروع قانون الإمارات في المادة - ٤ - على الآتي :

١- [إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين أستردها كل منهما ما أهداه للآخر إن كان قائما .

٢- وإذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا] .

ونفس هذا المعنى تراه في المادة - ٣ - من مشروع دول التعاون في فقرتيها

ب ، ج .

- حكم الأضرار الناشئة عن فسخ الخطبة :-

الأضرار التي من الممكن أن تحدث عند فسخ الخطبة ، منها ماهو مادي ومنها ماهو معنوي ، وذلك مثل : أن يقوم الخاطب بإعداد بيت للزوجية ، أو ينقل نفسه - بالنسبة لوظيفته - من مكانه الذي هو فيه الى مكان قريب من مخطوبته .

وكذلك تقوم المخطوبة بشراء الجهاز - وهو ما جرى عليه العرف في المجتمع المصري - أو تقوم بترك عملها الذي تكتسب منه للتفرغ لشئون البيت أو ما شابه ذلك .

أما الضرر المعنوي فمثل أن يتعرض أحد الطرفين للأقاييل والافتراء عليه ، أو جرح الشعور والكرامة . مثل هذه الأشياء لم ينص عليها فقهاؤنا القدامى .

ويمكن إقراره في الفقه الحديث عملاً بقواعد الشريعة العامة مثل تحريم التفرير وإيجابه الضمان ومثل قاعدة : (لا ضرر ولا ضرار) وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها المالكية والحنابلة ، ورعاها أبو حنيفة في حقوق العلو والجوار . كما يمكن تأصيل التعويض عن ضرر المدول بمبدأ الالتزام في الفقه المالكي في أشهر الأقوال : وهو أنه في الوعد بشيء يقضي بتنفيذ الوعد وإن كان مبنياً على سبب ودخل الموعود في السبب ، ومعنى ذلك فإنه يجب الوفاء بالوعد المعلق على سبب ، وبإشرا الموعود السبب ونفذه . مثل : أن يقول له تزوج امرأة : وأنا أقرضك المهر ، فإذا تزوج فلا وجب عليه أن يقرضه المهر . أما مجرد الوعد فلا يسلمز الوفاء به لأن الوفاء به من مكارم الأخلاق .

ولكن يجب التفريق بين حالتين :-

الحالة الأولى : أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق بالطرف الآخر ، وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول عن الخطبة ، لأن العادل تسبب في حصول الضرر ، ، وغرر به وكلاهما يوجب الضمان .

الحالة الثانية : ألا يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول - بل هو الذي غرر بنفسه - لذلك لا يكون هنا وجه للحكم بالتعويض على من عدل عن الخطبة إذا لم يوجد منه ما يصح أن يجعل سببا للضمان . وهذا هو الذي يجب الأخذ به ، بمعنى إذا كان للعادل دخل في الضرر تحمل هذا ، وإن لم يكن فلا ^(١) .

لم يتعرض مشروع قانون الإمارات ، وكذلك مشروع قانون دول مجلس التعاون لهذا .

(١) نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٣٥

" المبحث الثالث "

" اركان عقد الزواج "

تمهيد :-

الركن لغة : جانبه الأقوى ^(١) .

وفي الشرع : عند الحنفية ، ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون جزءاً
' داخلاً في حقيقته ، كالركوع والسجود بالنسبة للصلاة .

وركن الزواج عند الحنفية الإيجاب والقبول فقط .

وأركان الزواج عند الجمهور : ، أربعة ، صيغة - الإيجاب والقبول -
والماقدان - زوجة وزوج - وأما العقود عليه فهو الاستمتاع الذي يقصده الزوجان من
الزواج : وأما المهر فلا يتوقف عليه العقد ، وإنما هو شرط كالشهود .

الإيجاب عند الحنفية :- ما يصدر أولاً من أحد العقدين ، سواء أكان الزوج أم
الزوجة . - أم غيرهما في أي عقد من العقود - وسواء أكان ماصداً منه كلاماً أم غيره
كالكتابة : وإشارة الأخرس ، ومن صدر منه الإيجاب يسمى موجباً للدلالة على إرادته
في إنشاء الارتباط .

والقبول عندهم : هو ماصد ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته
بما أوجبه الأول ، ومن صدر منه القبول يسمى قابلاً : فإذا قال الرجل للمرأة :
تزوجتك أو زوجيني نفسك ، فقالت : قبلت أو زوجتك نفسي ، كان الأول إيجاباً
للعقد من الرجل ، وكان الثاني قبولاً من المرأة .

(١) انظر في لسانه ٢٧٨ ، نظام الأسرة لأستاذة كنية الشريعة ص ١٢٧

وإذا بدأت المرأة فقالت للرجل : زوجتك نفسي وقال الرجل : رضيت أو قبلت ، كان الأول إيجاباً من المرأة وكان الثاني قبولا من الرجل .

والإيجاب عند الجمهور : هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كالوكيل ، لأن القبول إنما يكون للإيجاب ، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه .

والقبول عندهم : هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج فإذا قال الرجل للمرأة : زوجيني نفسك ، فقالت : قبلت ، كان الأول عند الحنفية إيجاباً ، والثاني قبولا .

وعند الجمهور بالعكس ، لأن ولي المرأة هو الذي يملك الزوجة حق الاستمتاع ، فكلامه هو الإيجاب ، والرجل يملك ذلك ، فكلامه هو القبول .

صيغة الزواج :- (١) .

أولاً : ألفاظ الزواج :-

الأصل في هذه الصيغة بعنصريها (الإيجاب والقبول) أن تتم بالألفاظ ، وقد يكون ذلك كتابة ، أو إشارة ، وألفاظ الإيجاب والقبول ، منها ما هو متفق على انعقاد الزواج بها ، ومنها ما هو متفق على عدم انعقاد الزواج بها ، ومنها ما هو مختلف فيه . وهي كالآتي :-

- ألفاظ اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بها لورودها في القرآن الكريم وهما

(١) الدر المختار : ٣٦١/٢ - ٣٧٢ ، طيب ٣/٣ ، الشرح الكبير ٢٢١/٢ ، القوانين الفقهية / ١٩٥ ، مغني المحتاج ١٣٩/٣ ، بداية المجتهد ٤/٢ ، كشاف الفتاوى ٣٦/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٧/٧ وما بينهما .

(أنكحت وزوجت) في قوله تعالى ﴿زوجناكم﴾^(١) . وقوله : ﴿ولاتنكحوا ما نكح آبؤكم﴾^(٢) .

- والفاظ اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بها ، وهي التي لاتدل على تمليك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدة الحياة وهي : الإعارة والإباحة والإجارة والوصية والرهن والوديعة ونحوها .

- والفاظ اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بها : وهي لفظ البيع ، ولفظ الهبة ، ولفظ الصدقة ، ونحوها مما يدل على تمليك العين في الحال ، وبقاء الملك مدة الحياة .

- ذهب الحنفية والمالكية إلى القول : بانعقاد الزواج بهذه الألفاظ بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج ، كبيان المهر وإحضار الناس ، لأن المطلوب التعرف على إرادة العاقدین ، وليس للفظ اعتبار ، وقد ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ما يدل على الزواج بلفظ الهبة والتمليك : الأول في قوله سبحانه ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي ، إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين﴾^(٣) . وهذه الآية الكريمة تدل على صحة إنعقاد الزواج للرسول - صلى الله عليه وسلم - بلفظ الهبة ، وإذا صح هذا له - صلى الله عليه وسلم - فهذا يصح لأمته ، لأن الأصل عدم الخصوصية له - صلى الله عليه وسلم - إلا بدليل ولا دليل على خصوص هذا الأمر للرسول - صلى الله عليه وسلم - ولكن الخصوصية هنا في صحة الزواج بدون مهر ، لاستعمال لفظ الهبة لأن رفع الحرج عنه - صلى الله عليه وسلم -

(١) الأحراب / ٣٧ .

(٢) النساء / ٢٢

(٣) الأحراب / ٥٠ .

يكون بعدم المهر ولا يكون بلفظ الهبة . وقد قال سبحانه وتعالى للرسول - صلى الله عليه وسلم - في آخر الآية الكريمة ﴿ لَكِي لَا يَكُونُ عَلَيْكَ حَرْجٌ ﴾ والثاني في قوله - صلى الله عليه وسلم - لرجل لم يملك مالا حتى يستطيع أن يقدمه مهرا (قد ملكتها بما معك من القرآن)^(١) . وهذا يدل بوضوح على صحة انعقاد العقد بلفظ التملك كما يصح بلفظ النكاح والتزويج . وعلى حسب ما أرى أن هذا هو الراجح ، لأن العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمباني .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول : بأنه لا ينعقد - الزواج - بها . ولا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، لورودهما في القرآن الكريم كما وضع سابقا ، فيلزم الإقتصار عليها ، ولا يصح انعقاد الزواج بغيرهما من الألفاظ ، لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به ، وقوله سبحانه : ﴿ إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ من خصوصياته - صلى الله عليه وسلم - وحديث (ملكها) فهو إما وهم من الراوي ، أو أن الراوي رواه بالمعنى ، ظنا منه ترادف هذا اللفظ مع لفظ الزواج ، وبتقدير صحة الرواية ، فهي معارضة برواية الجمهور (زوجتكها) .

وخلاصة الأقوال المذاهب ما يأتي :

ينعقد الزواج عند الحنفية^(٢) . بكل لفظ يدل على تملك الأعيان في الحال ، كللفظ الهبة والتمليك والصدقة والعطية والبيع والشراء ، بشرط نية أو قرينة ، وفهم الشهود المقصود .

(١) متفق عليه (نيل الأوطار ١٧٠/٦) .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣٦٤/٢ ، ٣٦٥ ، ٣٦٦ ومابعدها .

وينعقد عند المالكية ^(١) . بلفظ التزويج والتعليك وما يجري مجراهما كالبيع والهبة والصدقة والعطية بشرط ذكر المهر ، ليكون قرينة على إرادة الزواج . فإن لم يذكر المهر فلا ينعقد الزواج ، فالألفاظ أربعة :

الأول : ما ينعقد به الزواج مطلقا سواءً قد سمي صداقا أم لا وهو أنكحت وزوجت .

والثاني : ما ينعقد به الزواج إذا كان قد سمي صداقا وإلا فلا ، وهو وهبت فقط .

والثالث : ما فيه التردد ، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة ، مثل بعث لك ابنتي بصداق قدره كذا ، أو ملكتك إياها أو منحتك إياها .

والرابع : ما لا ينعقد به مطلقا اتفاقا ، وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة كالوقف والإجارة والإعارة ، وهو الراجح .

وينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة ^(٢) . بلفظ التزويج والنكاح فقط ، دون ماعدهما مثل التملك والهبة والإجارة ، إقتصارا على المذكور في القرآن الكريم .

المعاطاه : اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالمعاطي ، احتراما لأمر الفروج وخطورتها وشدّة حرمتها ^(٣) . فلا يصح العقد عليها إلا بلفظ صريح أو كتابة عند الحنفية والمالكية ، ولفظ صريح عند الشافعية والحنابلة كما وضع سابقا . ولا ينعقد الزواج على المختار عند الحنفية بإقرار أي أن الإقرار ليس من صيغ العقد ،

(١) شرح الرسالة ٢٦/٢ ، الشرح الكبير ٢٢١/٢ ، الشرح الصغير ٣٥٠/٢ .

(٢) مغني المحتاج ١٣٨/٣ ، المهذب ٤١/٢ ، كشف القناع ٣٧/٥ ، المغني ٥٣٢/٦ .

(٣) الدر المختار وابن عابدين ٣٧٢/٢ ومعهما .

فلو قالت امرأة : أقر بأنك زوجي ، ولم تكن قد حدثت زوجية بينها وبين هذا الرجل ، فانه لا يصح ، لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت وليس بانشاء .

ثانيا : الزواج بالكتابة والإشارة والرسالة :-

يتضح مما سبق أن الإيجاب والقبول الأصل فيهما العبارة ، ولا يصح أن نلجأ إلى غيرهما إلا إذا عجز العاقدان أو احدهما عن العبارة ، أو كان احدهما غائبا عن المجلس - مجلس العقد - أو كلاهما ، ففي هذه الحالات نلجأ إلى البديل عن العبارة .

فإذا كان أحد المتعاقدين غائبا ، فتكون الصيغة بالكتابة لتعذر المشافهة بالعبارة ، فإذا كتب رجل إلى امرأة كتابا يعبر فيه عن إرادته في إنشاء عقد الزواج ، كان عليها حتى يصح العقد أن تحضر الشهود ، ليسمعوا ماجاء في الكتاب ، ثم يسمعو القبول منها ، وبذلك يكون الشهود قد سمعوا شطري العقد وشهدوا بالإيجاب والقبول .

ولذلك إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد فلا يصح بالكتابة ، لأنه لايلجأ إليها إلا إذا تعذرت المشافهة بالعبارة .

ولوكان مكان الكتاب رسول يحمل الإيجاب ، ونقل عبارة المرسل بحضور شاهدين ، فقبلت انعقد الزواج .

وإذا كان العاقد آخرسا ، فإن كان يعرف الكتابة عقد بها لأنها أبين وأوضح ، ومن الفقهاء من ذهب إلى القول بأن عقده لا يصح إلا بها - الكتابة - مادام قادرا عليها ، وبعضهم من أجاز إنعقاد العقد بإشارته مع قدرته على الكتابة ، والجميع يقولون بالإشارة المفهومة عند عجزه عن الكتابة ، أو إذا كان لا يحسنها .

وأعتقد أن الراجح عند قدرته على الكتابة الواضحة أن العقد لا ينعقد إلا بها ،
لأنها أبين وأوضح .

إنعقاد الزواج بغير اللغة العربية :-^(١)

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم اللغة العربية وعاجز
عن النطق بها ، يصح إنعقاد زواجه بلفظه التي يفهمها ويتكلم بها ، لأن العبرة في
العقود للمعاني ، ولأنه عاجز عن العربية ، فسقط عنه النطق بالعربية كالأخرس . لذا
وجب عليه أن يأتي بمعنى التزويج أو الانكاح بلسانه بحيث يشتمل على معنى اللفظ
العربي .

أما إذا كان العاقدان يستطيعان التلطف بالعربية ، فيرى جمهور الفقهاء جواز
انعقاد الزواج بغير اللغة العربية ، بالألفاظ الدالة عليه لأن التكلم بغير العربية ليس
حراما ، ولأن العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ، وهذا هو الأصح أيضا عند
الشافعية .

ويرى الامام الشافعي في قول آخر : أنه لا ينعقد الزواج بغير العربية إذا كان
العاقدان يفهمانها ، لأن عدول العاقد عن العربية مع قدرته عليها إلى غيرها دليل على
عدم إرادة العقد ، والزواج كالصلاة ، فكما أن الصلاة لا تصح بغير العربية للقادر
عليها ، كذلك الزواج لا ينعقد بغير العربية للقادر عليها .

(١) ابن عابدين ٣٧١/٢ ، ومفني الخصاص ١٤٠/٣ ، كشاف القناع ٣٨/٥ ، ٣٩ ، المغني ٥٣٣/٦
ومابعدها

وقال الحنابلة : بأنه لايجوز الزواج إلا بالعربية للقادر عليها ، فمن قدر على لفظ الزواج بالعربية ، لم يصح غيرها ، لأنه عدل عن لفظي (الإنكاح والتزويج) مع القدرة عليهما ، فلم يصح ، كما لم يصح بألفاظ الهبة والبيع .

وحجة الجمهور _ غير ماسبق - أن صيغة العقد ماهي إلا مظهر للتراضي الحقيقي الكامن في نفس المتعاقدين والمطلوب شرعا التعبير عن هذه الإرادة بأي لغة كانت متى جاءت هذه اللغة صادقة ومعبرة عن ذلك التراضي الذي يقوم عليه التعاقد ، أما وإن العاقدين قد عبرا عن إرادتهما بلغة مفهومة لهما وللشهود فإن عقد الزواج ينعقد بينهما صحيحا . | وقد نصت المادة (٦) . من مشروع قانون الامارات على الآتي :

١- يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه ولو عرفاً بأي لغة .

٢- ويجوز أن يكون الإيجاب من الغائب بالكتابة أو بواسطة رسول .

٣- في حالة العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة . فإن تعذرت فالإشارة المفهمة . ونرى المادة - ٢٢ - من مشروع قانون دول مجلس التعاون قد نصت على ذلك أيضا .

ثالثاً : صيغة ألفاظ الزواج (١) :-

قد تكون صيغة الإيجاب والقبول بلفظ الماضي أو الإيجاب بلفظ المضارع أو بلفظ الأمر ؛ وقد اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بصيغة الماضي ، واختلفوا في المضارع والأمر .

١- ينعقد الزواج بصيغة الفعل الماضي - وهذا هو الأصل - كأن يقول ولي المرأة للرجل : زوجتك ابنتي فلانة على مهر كذا فيقول الزوج : قبلت أو رضيت ، لأن المقصود بهذه الصيغة إنشاء العقد في الحال ، فينعقد بها العقد من غير توقف على نية أو قرينة .

٢- و ينعقد الإيجاب بصيغة المضارع : مثل أن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد : أتزوجك على مهر قدره كذا ، فتقول : قبلت زواجك ، صح العقد هنا عند الحنفية والمالكية إذا كانت هناك قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال . لا للوعد في المستقبل ، مثل أن يكون المجلس مهياً لإجراء عقد الزواج ، فوجود هذه الهيئة ينفي إرادة الوعد أو المساومة ويدل على إرادة التنجيز ، لأن الزواج بعكس البيع يكون مسبوقاً بالخطبة .

فإن لم يكن المجلس مهياً لإنجاز العقد ، ولم توجد قرينة دالة على قصد إنشاء عقد الزواج في الحال ، فلا ينعقد العقد .

ولا ينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة بصيغة المضارع . وإنما لابد عندهم من لفظ بصيغة الماضي مشتق من النكاح أو الزواج ، كأن يقول الزوج : تزوجت

(١) لبر المختار ورد المختار ٣٧١/٢ ، ٣٧٢ ، لمشرح الكبير مع حاشية طبرسي ٢٢٠/٢ مغي المحتاج

١٣٩/٣ ، مغي ٥٣٢/٦ ، ٥٣٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته : د : وهبه الزحبي ٤٠/٧

راجعها

أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها ، ولا يصح بكناية : كاحللتك ابنتي ، إذ لا اطلاع للشهود على النية .

٣- وينعقد العقد عند الحنفية والمالكية بصيغة الأمر - الإيجاب - : كأن يقول الرجل لامرأة : زوجيني نفسك ، وقصد بذلك إنشاء الزواج ، لا الخطوبة ، فتقول المرأة : زوجتك نفسي ، تم الزواج بينهما .

وتوجيه ذلك عند الحنفية ^(١) : أن قول الرجل يتضمن توكيل المرأة في أن تزوجه بنفسها ، فقولها ، زوجتك نفسي ، قامت مقام الإيجاب والقبول ، والتوجيه عند المالكية أن صيغة الأمر تعتبر إيجاباً للعقد عزمًا ، ولا تعتبر توكيلًا ضمنيًا .

٤- وأما انعقاد الزواج بلفظ الاستفهام مثل قول رجل لآخر : زوجتني ابنتك ؟ فقال الآخر : زوجت ، أو قال : نعم ، فلا يكون عند الحنفية زواجًا ، مالم يقل الموجب بعدئذ قبلت ، لأن قوله زوجتني ؟ استفهام أو استخبار ، وليس بعقد ، وهذا بخلاف صيغة الأمر : زوجني فإنه توكيل ضمني كما عرف هذا .

والخلاصة : أن الزواج لا ينعقد عند الشافعية إلا بصيغة الماضي ، ومن مادة الزواج والنكاح ، وينعقد عند الحنفية والمالكية بالماضي ، والمضارع والأمر - بالنسبة للإيجاب - ، إذا دلت القرينة أو دلالة الحال على أنه يريد إنشاء عقد الزواج ، لا للوعد .

ولهذا فإن مايكون بصيغة المضارع أو الأمر ، إنما هو الإيجاب ، لأن القبول

(١) وهذا مقتضى الاستحسان عندهم الذي تركوا به القياس لما روي (أن بلالاً رضي الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار ، فأبوا أن يزوجه ، فقال : لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أعطى إليكم ، لما خطبت ، فقالوا له : ملكك) ولم يقل أن بلالاً أعاد القول ، ولو فعل لغل .

يكون بصيغة الماضي .

ولا يشترط عند الجمهور غير الحنابلة تقديم الإيجاب على القبول ، بل يندب ، بأن يقول الولي : زوجتك إياها أو أنكحتك . وقال الحنابلة : إذا تقدم القبول على الإيجاب ، لم يصح ، سواء أكان بلفظ الماضي : تزوجت ، أم بلفظ الطلب : زوجني .

رابعاً : انعقاد الزواج بعقد واحد ^(١) :-

الأصل في كل العقود أن يقوم بإنشائها عاقدان أحدهما : بالإيجاب والآخر : بالقبول . ولم يجز أن يتولى واحد إنشاء العقود المالية إلا في حالات استثنائية كأن يبيع الأب ويشتري لابنه المشمول بولايته .

وكذلك عقد الزواج جاز أن يتولى واحد شطري العقد وتقوم عبارة الواحد مقام العبارةتين إذا كانت له ولاية إنشاء العقد من الجانبين ، ويكون ذلك بأن لا يكون فضولياً من أي جانب . وصور هذه الولاية تنحصر في خمس حالات :

الأولى : أن يكون العاقد ولياً من الجانبين كأن يزوج ابنته الصغيرة لابن أخيه المشمول بولايته .

الثانية : أن يكون العاقد وكيلاً من الجانبين : كأن يوكله كل من الزوجين في أمر زواجهما .

الثالثة : أن يكون ولياً من جانب ووكيلاً من جانب آخر كأن يوكل رجل آخر في زواجه فيزوجه بابنته الصغيرة .

(١) المدع ٢٣١/٢ . ٢٣٣ : الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٤٣ .

الرابعة : أن يكون وليا من جانب وأصيلا من جانب آخر كأن يزوج نفسه من ابنة عمه الشمولة بولايته .

الخامسة : أن يكون وكيلًا من جانب وأصيلا من جانب آخر كأن توكل امرأة رجلا في زواجها من نفسه وهذا هو رأي الطرفين .

وقال الشافعي ^(١) وزفر : لا يجوز في عقد الزواج أن يتولى واحد شطري العقد كالعقود المالية لأن العقد يستوجب حقوقا تثبت لكل واحد من المتعاقدين ولا يكون الشخص الواحد ملزما وملتزمًا في وقت واحد ، وأجاب عن ذلك الطرفان - أبو حنيفة ومحمد - بأن حقوق العقد في النكاح لا ترجع إلى العاقد وإنما هو سفير ومعبر بخلاف العقود المالية ، وحدث في عهد الصحابة رضوان الله عليهم . إنشاء عقد الزواج بعبرة واحدة ولم ينكره واحد منهم وذلك دليل جواز .

وقد استدلت أبو حنيفة ومحمد على صحة العقد بالعبارة الواحدة في الحالات السابقة بما يأتي :

أولاً : بما ذكر سابقا من أن هذا حدث في عهد الصحابة - رضي الله عنهم - ولم ينكره واحد منهم .

ثانياً : بما روى عن عقبة بن عامر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لرجل : [أترضى أن أزوجه فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجه فلانا ؟ قالت : نعم ، فزوج أحدهما صاحبه] . ^(٢)

(١) أحاز الشافعي انتقاد الزواج في الحالة الأولى - حالة الولي من الجانبين ، ولا تزوج ابن العم نفسه ، بل يزوجه ابن عم في درجه ، فإن فقد فلقاضي - سفيان المحتاج ١٦٣/٣ وأجاز المالكية لابن العم ووكيل الولي والحاكم أن يزوجه المرأة من نفسه . القوالين الفقيهية - ٢٠٠ ، الشرح الكبير ٢٣٣/٢ .

(٢) انظر نيل الأوطار للشوكاني ١٣٢/٦ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - تولى طرفي العقد بنفسه بعد أن أذن الرجل والمرأة له بذلك ، فكان - صلى الله عليه وسلم - وكيلا عنهما ، وهذا يدل على جواز تولى الشخص الواحد طرفي العقد .

ثالثا : مارواه البخاري عن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت : نعم ، قال : فقد تزوجتك . فهذا دليل آخر في جواز تولى الشخص الواحد طرفي العقد فقد دل الحديث الأول على جواز الصورة الأولى - وليا من الجانبين - أما الحديث الثاني فقد دل على جواز الصورة الخامسة - وكيلا من جانب وأصيلا من جانب آخر .

ويقال على المذكور في الحديثين السابقين بقية الحالات ، لاشتراكهما في المعنى وهو أن للعاقد في الجميع صفة شرعية عند إجراء العقد ، إما الولاية على الغير أو الوكالة عن الغير أو الأصالة عن النفس .

وبناء على ماذهب إليه أبوحنيفة ومحمد بأنه لا يصح العقد من شخص واحد إلا في هذه الحالات السابقة .

فإن العقد لا ينعقد إذا كان العاقد فضوليا من الجانبين أو كان من جانب واحد وكان بالنسبة للجانب الآخر وليا ، أو وكيلا ، أو أصيلا .

ففي هذا لا ينعقد الزواج عند الطرفين - أبي حنيفة ومحمد - كما انعقد في الصور السابقة .

ونصت المادة (٢٦) . من مشروع قانون الامارات على ما يأتي :-

[أ- للولي غير المحرم أن يزوج موليته من نفسه برضاها .

ب- ويجوز أن يتولى طرفي العقد شخص واحد ليس فضوليا من جانب أحد الزوجين وتكفي حينئذ عبارة واحدة في الإيجاب والقبول [.
أما مشروع قانون مجلس التعاون لم يتعرض لهذا .

خامسا : صيغة عقد الزواج يجب أن تكون منجزة ، بمعنى أن تكون غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على شرط غير موجود في وقت العقد .

فإذا كانت صيغة العقد مضافة إلى زمن في الاستقبال ، أو معلقة على شرط ، فإن عقد الزواج لا ينعقد ، ويقع باطلا ، لأن هذا العقد من عقود التملك في الحال ، والصيغتان المضافة والمعلقة لاتفيضان إنشاء العقد في الحال ، فكلتاها لاتتفق مع حقيقة الزواج الشرعية ، إذ كيف ينشأ بعبارة تعلق الوجود على أمر قد يوجد وربما لا يوجد ، ويمثل هذا الرضا الاحتمالي لإنشاء العقد ثم الزواج عقد لاتتأخر أحكامه عن أسبابه فلا يمكن أن يضاف إلى المستقبل ، لأن ذلك يقتضي تأخير الأحكام ، وهو مناقض لحقيقته الشرعية .

وحتى يتضح هذا الشرط تفصيلا ، فإن عقد الزواج من حيث إطلاق الصيغة ، وتقيدها يتنوع إلى أربعة أنواع هي :-

العقد المنجز : - (١)

هو ماكانت صيغته مطلقة ، غير مضافة إلى زمن المستقبل ، ولا مقيدة بشرط ؛ وذلك كقول رجل لامرأة : تزوجتك على مهر قدره ألف درهم ، فقالت : قبلت .

(١) البائع ٣٥٧ - ٣٥٨ ، الشرح الكبير ٢٣٦/٢ - ٢٤٠ ، مفتي المحتاج ١٤٤/٣ - ١٤٧ ، المفتي ٤٥٠/٦ - ٤٥٣ ، نظام الأسرة ١٣٤ ومبهمها .

وحكمه : أنه بمجرد التلفظ بالإيجاب والقبول تترتب عليه آثاره ، متى استوفى أركانه وشرائطه .

لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها ، وإقامة الأسرة ، وتربية الأولاد والقيام على شئونهم ، وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج باقية إلى أن يفرق الموت .

ولذلك فقد قال الفقهاء ببطلان نوعين من العقود لتناقضهما مع التأييد ، وهذان العقدان هما : المتعة والنكاح المؤقت ، وإن كان زفر من الحنفية اعتبر الزواج المؤقت صحيحاً وشرط التأقيت فاسداً أو باطلاً أي لاعبرة بالتأقيت ويكون الزواج صحيحاً مؤبداً ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

ورد عليه : بأن العقد المؤقت في معنى المتعة ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ .

وعقد المتعة صورته أن يقول : أمتع بك مدة كذا بكذا من المال .

وأما النكاح المؤقت : فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج ، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على التأقيت ، أي تأقيت عقد الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر .

أدلتهم :-

استدل الجمهور على تحريم نكاح المتعة بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول :

١- فالقرآن الكريم : يقول سبحانه : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت أيمانهم ، فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك

فأولئك هم العادون ﴿١١﴾ . فهذه الآية الكريمة قد حرمت الاستمتاع بالمرأة إلا من طريقين : الزواج وملك اليمين وليست المتعة زواجا صحيحاً ، ولا ملك اليمين ، فتكون محرمة ، ودليل أنها ليست زواجا أنها ترتفع من غير طلاق ، ولا نفقة فيها ، ولا يثبت بها التوارث ، كما سيتضح فيما بعد من الحديث عن بعض أحكامها - أي المتعة - .

٢- وأما السنة : فقد روى عن علي - رضي الله عنه | أن رسوا الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر | (١) . وغير هذا النص كثير وسوف نذكرها فيما يلي بعد قليل .

٣- وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة - غير الشيعة الإمامية - على الامتناع عن زواج المتعة ، وقال القاضي عياض : فقد وقع الاجماع من العلماء على تحريمها . إلا الروافض (٢) .

٤- وأما المقول : فإن الزواج إنما شرع مؤيداً لأغراض سامية . ومقاصد إنسانية واجتماعية ، منها السكن وإنجاب الأولاد وتكوين الأسرة الفاضلة القوية . ومعلوم أنه ليس في المتعة إلا قضاء الشهوة بنحو مؤقت . فهو مثل الزنا تماماً ، إذ ليس هناك معنى لتحريمه مع إباحة المتعة .

(١) لموسون / ٥ : ٧

(٢) الشيخان وأحمد نيل لأوطار ٦ : ١٣٠٠

(٣) نيل لأوطار ٦ : ١٣٦٠ .

أما الشيعة الإمامية :^(١) فقد قالوا بجواز المتعة أو النكاح المنقطع بالمرأة المسلمة أو الكتابية ؛ بشرط ذكر المهر ؛ وتحديد الأجل أي الدة ، وينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة وهي : زوجتك ، وأنكحتك ، ومتعتك . ومن أحكامه :

١- الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد ، وذكر المهر من دون الأجل يقلبه دائما .

٢- لا يقع بالمتعة طلاق بإجماع الشيعة ، ولا لعان على الظاهر .

٣- لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين ؛ وأما الولد فإنه يرثهما ويرثانه من غير خلاف .

٤- لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل ولو أَرَادَهُ وهبها مابقي من الدة واستأنف .

الدليل : استدل الإمامية على مشروعية نكاح المتعة أو المنقطع بما يأتي :

١- بقوله سبحانه : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ ، فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾^(٢) . فإنه سبحانه عبر بالاستمتاع دون الزواج ، وبالأجور دون المهور . مما يدل على جواز المتعة ، فالاستمتاع والتمتع بمعنى واحد ، وإيتاء الأجر بعد الاستمتاع يكون في عقد الإجارة ، والمتعة هي عقد الإجارة على منفعة البضع . أما المهر فإنه يجب بنفس عقد النكاح قبل الاستمتاع .

(١) لمختصر لنافع في فقه الإمامية ٢٠٥ - ٢٠٧ فروضة لجهة ١٠٣٠٢ ومنعها

(٢) النساء : ٢٤

٢- ثم إنه ثبت في السنة جواز المتعة في بعض الغزوات منها عمرة القضاء ، وفي خيبر ، وعام الفتح ، وفي تبوك ^(١) . قال ابن مسعود : [كنا تغزوا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ليس معنا نساء ، فقلنا : ألا نختصي ؟ فنهانا عن ذلك ، ثم رخص لنا أن ننتكح المرأة بالثوب إلى أجل ، ثم قرأ عبد الله - أي ابن مسعود - ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ﴾ ^(٢) .

وروى عن جابر [كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبى بكر ..] ^(٣) .

وأما الشيعة الزيدية : فقد قالوا بتحريمه - أي نكاح المتعة - ويؤكدون أن ابن عباس رجع عن تحليله ^(٤) .

وأجيب عن هذه الأكلة :-

١- فقد قالوا بأن الاستمتاع في الآية الكريمة ﴿ فما استمتعتم ﴾ المراد به : النكاح ، لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها ، لأنها بدأت بقوله سبحانه : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبائكم ﴾ وختمت الآية بقوله سبحانه : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ﴾ فدل هذا على أن المراد بالاستمتاع في الآية الكريمة ما كان عن طريق النكاح ، وليس المراد به المتعة المحرمة شرعا .

(١) نيل الأوطار ١٣٦/٦ - ١٣٧ .

(٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد ، نيل الأوطار ١٣٣/٦ .

(٣) نصب الرأية ١٨١/٣ .

(٤) البحر الرضائي ٢٢/٣ ، الفقه الإسلامي وأصله ٢ . د / وهبه الزحيلي ٦٤/٧ .

وأما تعبير الآية عن المهر بالأجر فإنه - المهر - في النكاح يسمى اجرا في آيات كثيرة منها قوله سبحانه ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِأَنْزَنِ أَهْلِهِنَّ ، وَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ ^(١) . أي مهورهن ، وقوله سبحانه ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أَجُورَهُنَّ﴾ ^(٢) أي مهورهن .

وأما الأمر بإيتاء الأجر بعد الاستمتاع ، في حين أن المهر الشأن فيه أن يكون قبل الاستمتاع ، فهذا له مثيل في اللغة من تقديم وتأخير ، والتقدير : ﴿فَاتَّوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ إذا استمتعتم بهن ، بمعنى إذا أردتم الاستمتاع بهن ، مثل قوله سبحانه ﴿إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ...﴾ ^(٣) . أي إذا أردتم الطلاق ، ومثل ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا...﴾ ^(٤) بمعنى إذا أردتم القيام إلى الصلاة .

٢- وأما مجاء في السنة الشريفة بالإذن في المتعة في بعض الغزوات ، فكان ذلك للضرورة من أجل الحرب ، ومعلوم أن المجاهدين كانوا على سفر في مثل هذه الظروف ثم حرمها الرسول - صلى الله عليه وسلم - تحريماً أبدياً إلى يوم القيامة . بدليل أحاديث كثيرة ، منها :

أ- [يا أيها الناس ، إني كنت أذننت لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما أنيطموهن شيئاً] ^(٥) .

(١) النساء / ٢٥ . (٢) الأحزاب / ٥٠ . (٣) الطلاق / ١ .

(٤) المائدة / ٦ .

(٥) رواه مسلم وأحمد عن صوره بن معبد الجهني .

ب - قال سُبَّرة بن معبد : (إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة ^(١) .

ج - وعن علي - رضي الله عنه (أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر ^(٢) .

وأما ما روى عن بن عباس : من أنه كان يجيز المتعة للمضطر فقط ، فقد روى عنه سعيد بن جبيرة أنه قال : سبحان الله ، ما بهذا افتتيت ، وإنما هي كالميتة لاتحل إلا للمضطر . ولكن الشيعة قد توسعوا فيها وجعلوا الحكم عاماً للمضطر وغيره ، وللمقيم والمسافر .

ومع ذلك فقد أنكر عليه الصحابة ، مما يجعل رأيه شاذاً تفرد به ، فقد أنكر عليه علي - رضي الله عنه - قائلاً له : إنك امرؤ تائه ، لأنه - صلى الله عليه وسلم - نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن لحوم الحمر الإنسية ، وأنكر عليه غيره من الصحابة - رضي الله عنهم - ثم نقل المحدثون عن بن عباس أنه رجع عن قوله ، فقد روى الترمذي عنه أنه قال : [إنما كانت المتعة في أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له فيها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح له شأنه ، حتى نزلت هذه الآية الكريمة ﴿ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾ ^(٣) ، قال ابن عباس فكل فرج سواهما حرام] ^(٤) .

والقول برجوع بن عباس : هو الأصح لدى الكثير من العلماء ، ويؤكد هذا

(١) رواه أحمد وأبو داود .

(٢) رواه الشيخان وتحد - تراجع هذه الأحاديث : نيل الأوطار ١٣٠/٦ ، ونصب الرابة ١٧٧/٣

(٣) سبق تحقيقها . (٤) نيل الأوطار ١٣٥/٦ .

إجماع الصحابة على التحريم المؤبد ، ومن المستبعد أن يخالفهم - رضي الله عنهم - ،
روى الحازمي من حديث جابر قال [خرجنا مع رسول - صلى الله عليه وسلم - إلى
غزوة تبوك ، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام ، جاءت نسوة ، فذكرنا
تمتعنا ، وهن تطفنا في رحالنا ، فجاءنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنظر
إليهن ، قال فغضب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حتى احمرت وجنتاه ،
وتعمر وجهه ، وقام فينا خطيباً ، فحمد الله وأثنى عليه ، ثم نهى عن المتعة ،
فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ، ولم نعد ، ولا نعود لها أبداً ، فيها سميت يومئذ :
ثنية الوداع ^(١) .

كل هذا يدل على نسخ إباحة المتعة ، ولعل بن عباس ومن وافقه من الصحابة
والتابعين لم يبلغه الدليل الناسخ في أول الأمر .

وبعد هذا البيان يتضح رجحان قول الجمهور لقوة أدلتهم ، وبهذا نقول بأن
تحريم المتعة وبطلان زواجها وبطلان الزواج المؤقت ، هو الصحيح والمقبول حيث أن
هذا هو المنطق وروح الشريعة ، ولا يمكن لأي إنسان متجرد محايد إلا إنكار المتعة
والامتناع عنها نهائياً .

ومشروع قانون الإمارات قد نص على بطلان زواج المتعة في المادة (٧) في الفقرة
الأولى منها ونصها : يشترط في الإيجاب والقبول : [أن يكونا منجزين غير دالين على
التوقيت ، فلا ينعقد الزواج المعلق على شرط غير متحقق ، ولا الزواج المضاف إلى
المستقبل ، ولا زواج المتعة ، ولا الزواج المؤقت ، ولا يعتد بغير ماتضمنه العقد الرسمي
من الشروط سوى ما يقضي به العرف] ، ومشروع قانون دول مجلس التعاون لم ينص

(١) نصب الرعية ٣ / ١٧٩ .

على هذا .

٢- العقد المضاف إلى زمن المستقبل :

هو ماكانت صيفته مضافة الى زمن المستقبل ، مثل أن يقول رجل لامرأة : تزوجتك بعد شهر ، أو في أول الشهر القادم فقالت : قبلت .

ومعنى هذا أن الزواج لم يرد حصوله في الحال ، وإنما أريد أن يكون بعد شهر .

وحكمه : أنه باطل ولا ينعقد في الحال ، ولا في الوقت المعين ، لأن الزواج عقد من عقود التملك ، وعقود التملك تبطلها الإضافة الى الزمان المستقبل .

٣- العقد المعلق على شرط مستقبل :

وهو ماكانت صيفته معلقة على شرط ، بأن علق العاقد الإيجاب على حصول شيء، آخر في المستقبل فلو قال رجل لإمرأة : تزوجتك إن جاء فصل الشتاء من العام القادم ، أو أن يقول : تزوجتك إن قدم فلان من سفره وقبلت المرأة على ذلك لم ينعقد العقد ، لأن الإيجاب في هاتين الصورتين لايتحقق به ركن عقد الزواج في الحال ، والقبول فيهما قد ورد على الوجه الذي ورد به الإيجاب ، فيكون كلاهما معلقا .

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن عقود التملك تبطل بالتعليق على أمر المستقبل ، ولما كان عقد الزواج من قبيل عقود التملك - كما سبق بيانه - فإنه يبطله التعليق على الأمر المستقبل .

أما إذا كان الإيجاب والقبول في صورة تعليق على أمر قد تحقق وجوده في الزمن الماضي ، أو كان محقق الوجود في وقت العقد بالفعل فلا يبطل العقد / مثل أن

يقول رجل لامرأة : تزوجتك إن كان أمس يوم الخميس وهو كذلك ، أو تقول المرأة : تزوجتك إن كنت نجحت في العام الماضي في إمتحان الدور الأول وكان كذلك ، أو تقول : تزوجتك إن كان أبي حاضراً في هذا المجلس وقد كان حاضراً فيه ، فإنه مادام التعليق على أمر محقق بالفعل فهو تعليق صوري وهو في المعنى بمثابة التنجيز ، فلا يمنع من الانعقاد .

فقد ألحق الفقهاء بالحالة الأخيرة - وهي حالة التعليق على أمر محقق بالفعل وقت العقد - حالة التعليق على أمر لم يكن محققاً بالفعل حينئذ ، ولكنه تحقق فوراً في مجلس العقد ، مثل أن يقول رجل لامرأة : تزوجتك إن رضي أبوك فقالت : قبلت ، وقد كان أبوها حاضراً في مجلس العقد فقال : رضيت ، فالذي علق عليه الإيجاب هنا وهو رضا الأب لم يكن حاصلًا بالفعل وقت العقد ، ولكنه تحقق في المجلس ، فهو في واقع الأمر مستقبل ، وكان مقتضى القياس أن يلحق التعليق عليه بمسائل التعليق على الأمر المستقبل ، غير أن الفقهاء استحسنوا إلحاقه بالتعليق على الأمر المتحقق بالفعل حين العقد ، وقالوا فيه بتمام انعقاد الزواج .

٤ - العقد المقترب بالشرط :

العقد المقترب بشرط : هو نوع يختلف عن التعليق على شرط أو الإضافة إلى المستقبل ، وإن كان قد يشتهر بأحدهما ، كأن تقول : المرأة للرجل تزوجتك على أن تسكنني بعيداً أن أهلك أو عن زوجتك الأولى ، أو يقول ولي المرأة للرجل : زوجتك أبنتي على ألا تنقلها من هذا البلد . وماشابه ذلك من الشروط التي يرى فيها أحد العاقدين أن فيها مصلحة له .

ونرى الفقهاء قد اتفقوا على أن الشروط المقرنة بالعقد تنوع إلى نوعين :
شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة . ولكنهم اختلفوا في حد الشرط الصحيح الذي
يجب الوفاء به . وسوف أكتفي على مذهب إليه الحنفية في هذا .

مذهب الحنفية : الشرط الصحيح : هو الذي يقتضيه العقد ، أو يؤكد الذي
يقتضيه العقد ، أو ورد الشارع به ، أو جرى على العرف .

١- فالذي يقتضيه العقد : مثل أن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق
عليها ، أو يعطيها مهراً ، أو يحسن معاشرتها . كل هذا مما يقتضيه العقد ولو لم
يشرطه أحدهما .

٢- والذي يؤكد ما يقتضيه العقد : كاشتراط ولي المرأة أو هي أن يكون والد
الزوج كفيلاً بالمهر أو النفقة ، فإنهما من مقتضيات العقد واشتراط الكفالة بهما يؤكد
حصولهما .

٣- وأما ما ورد به الشرع كاشتراط الزوجة أن يكون أمرها بيدها لتطلق نفسها
متى شئت ، وكاشتراط الزوج أن يكون الطلاق بيده إذا تعثرت الحياة الزوجية .

٤- وأما ما جرى عليه العرف كاشتراط الزوج أن يدفع لها نصف المهر فقط
قبل الدخول وكان عرف بلدهما جارياً على هذا وحكم هذا الشرط : أنه يجب الوفاء
به . فإن لم يوف به من التزمه فإن هذا لا يثبت الخيار لشارطه في فسخ العقد لأن
فوات هذا الشرط لا يؤثر في العقد .

والشرط غير الصحيح : هو ما كان غير واحد من تلك الأنواع وإن كان فيه
مصلحة لأحد العاقلين كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو لا يخرجها من البلد الذي

تزوجها فيه ، وكاشتراط الزوج ألا يدفع لها مهرأ أو أن تقوم الزوجة بالإتفاق على البيت : وألا يتوارثا إذا مات أحدهما وكانا مسلمين . وحكم هذا الشرط أنه يلغو وحده وليس له تأثير في العقد . بمعنى أن العقد يظل صحيحاً ، لأن القاعدة المقررة أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة^(١) .

ويرى الحنابلة : أن الشرط اللازم ، يجب الوفاء به ، بل قالوا إن الشرط مادام صحيحاً وفيه مصلحة للمرأة ، قلها خيار الفسخ إن لم يوف لها ماشرطت ، لأنها لم ترض بالزواج إلا على أساس الوفاء بشروطها ، وإذا لم يتحقق الوفاء به فأت الرضا المطلوب في عقد الزواج .

واستدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - [إن أحق ماوفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج] . وبقوله [المسلمون على شروطهم] والحنابلة لا يبطلون من الشروط إلا ما دل على بطلانه دليل شرعي ، كأن يشترط التوارث مع اختلاف الدين .

وقد نقل عن كبار الصحابة - رضوان الله عنهم - قولهم بلزوم الشرط الصحيح : ووجوب الوفاء به وإلا فللمشروط له خيار الفسخ^(٢) .

وقد نصت المادة - ٢٨ - من مشروع قانون الإمارات على الشروط المقترنة بالصيغة في فقراتها ١ ، ٢ ، ٣ وهي :

١- [إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد .

(١) "حكم لأسرة في الإسلام ص ١٧٣ - ١٧٤

(٢) نظم لأسرة لأسئلة كنية الشريعة ص ١٣٧ - ١٣٩

٢- وإذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرم شرعا بطل الشرط وصح العقد .

٣- وإذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به ، وإذا أخل به من شروط عليه كان لمن شرط له حق الخيار سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج [.

أما مشروع قانون دول مجلس التعاون فقد نصت المادة - ٥ - في فقرة ب إذا أقرن العقد بشرط ينافي غايته أو مقاصده ، فشرط باطل والعقد صحيح . وفي الفقرة د للمتضرر من الزوجين عند الاخلال بالشرط حق طلب فسخ العقد أو التخليق .

وبهذا نرى أن ما نصت عليه المادة - ٢٨ - من مشروع الإمارات أكثر شمولاً مما نصت عليه المادة - ٥ - من مشروع دول مجلس التعاون .

المبحث الرابع

شروط عقد الزواج^(١)

تمهيد :

الشرط لغةً : العلامة المميزة .

واصطلاحاً : هو ما يتوقف عليه الشيء ، وكان خارجاً عن حقيقته ، ولا يلزم من وجوده وجود الشروط ، ولكن يلزم من عدم الشرط عدم الشروط ، مثل الوضوء شرط في صحة الصلاة ، فلا بد للصلاة منه ، بمعنى أنه إذا لم يوجد فلا يمكن تحقق الصلاة ، وإذا وجد فليس يلزم أن توجد الصلاة .

الفرق بين الركن والشرط :

اتضح فيها سبق أن الركن يترتب على انعدامه أو على عدم وجوده انعدام الشيء أو عدم وجود الشيء ، وكذلك الشرط إذا انعدم انعدم الشرط ، فهذا حكم يتفق فيه الركن والشرط ، ولكن هناك حكم آخر لا يتفقان فيه وإنما يختلفان ، وهو أن الركن جزء من الحقيقة ولا تتحقق هذه الحقيقة إلا بوجود الأركان جميعها .

أما الشرط فليس جزءاً من هذه الحقيقة وإنما هو أمر خارج عنها ، فاشتراط الشهادة على عقد الزواج ليس جزءاً من العقد وإنما هو أمر خارج عنه ، وكذلك الوضوء ليس جزءاً من الصلاة ولكنه خارج عنها .

(١) الدر المختار ورد المختار ٣٦٦/٢ ، ٣٦٧ ، ٣٧٣ ، المبلغ ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، مغني المحتاج ١٦٩/٣ ، المذهب ٤٠/٢ ، كشاف القناع ٤٣/٥ ، ٤٤ ، الشرح الصغير ٣٩٦/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤٧/٧ وما بعدها ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٤٠ وما بعدها .

أنواع الشروط :-

تتنوع شروط الزواج عند الحنفية إلى أربعة أنواع :

أولاً: شروط الانعقاد .

ثانياً: شروط الصحة .

ثالثاً: شروط النفاذ .

رابعاً: شروط اللزوم .

فشروط الانعقاد : هي التي يجب مراعاتها في أركان العقد ذاتها ، أو في الأسس التي تقوم عليها هذه الأركان ، بحيث لو تخلف شيء منها صار وجود الأركان بمنزلة العدم ، ويكون العقد باطلاً .

- فالعقد الباطل : هو الذي أصابه الخلل في ركن من أركانه أو في أساس من أسس هذه الأركان .

- وشروط الصحة : هي التي إذا توافرت يصير العقد صالحاً صلاحية تامة لترتب الأثر الشرعي عليه ، فإذا تخلف شيء منها فانت هذه الصلاحية ويكون نتيجة هذا التخلف - الفساد - ومعلوم أن توافر هذه الشروط لا يكون إلا بعد توافر شروط الانعقاد .

- فالعقد الفاسد : الخلل فيه ليس راجعاً إلى ركن من أركانه ، وإنما يرجع إلى خلل في شروط الصحة ، بمعنى أنه يفقد شرطاً من هذه الشروط .

- وشروط النفاذ : هي التي يتوقف عليها ترتيب أثر العقد عليه بالفعل .

- فالعقد النافذ : هو الذي يترتب عليه أثره الشرعي ، ويكون هذا بتحقق الشروط المعتبرة لذلك بعد توافر شروط الانعقاد وشروط الصحة ، فإذا تخلف شرط من

شروط النفاذ كان العقد موقوفا .

- والعقد الموقوف : هو الذي لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بعد إجازة من له الحق في إجازته ، وبذلك يرتفع عنه حكم الوقف .

- وشروط اللزوم : هي التي يتوقف عليها استدامة أثر العقد وبقاؤه ، بمعنى ليس لأحد من الزوجين أو غيرهما في عقد الزواج خيار فسخه أو أن يعترض عليه .

هذه هي الأنواع الأربعة لشروط عقد الزواج ، وهي مرتبة بهذا الترتيب السابق ، بمعنى أن كل نوع منها أساس للذي يليه ، فشروط الانعقاد أولا ثم شروط الصحة ، فإذا ما توافرت شروط الانعقاد والصحة كانت شروط النفاذ ، وإذا ما توافرت هذه كانت شروط اللزوم بمعنى أن العقد يصبح منعقدا صحيحا نافذا لازما ، فاللزوم هو قمة هذه المراتب وأخصها .

وقد تنوع العقد بسببها إلى أنواع خمسة : ثلاثة منها تندرج في الصحيح ، وهي الموقوف والنافذ واللازم ، واثنان يندرجان في غير الصحيح ، وهما الباطل والفاسد . وبعد هذا البيان الاجمالي ، يكون الحديث عنها تفصيلا فيما يأتي :

أولاً : شروط انعقاد الزواج :-

وهي الشروط التي لا يتم العقد بدونها بمعنى إذا فقدت كلها أو بعضها لا يكون للعقد وجود شرعي وكان باطلا . وهي إما أن تكون متعلقة بالعاقدين - الرجل والمرأة - أو متعلقة بالصيغة - الإيجاب والقبول .

ما يشترط في العاقدين :

١- أن يكون كل من العاقدين عاقلا مميزاً ، بمعنى أن يكونا أهلا لمباشرة عقد الزواج ، فلا ينعقد الزواج بعبارة الصغير غير المميز والمجنون ومن يشبههما كالنائم

والسكران ، فليس المراد هنا الأهلية الكاملة التي تكون بالبلوغ ، ولكن يكفي التمييز ،
أما الأهلية الكاملة فقد اشترطها الحنفية لنفاذ العقد .

٢- أن يسمع الإيجاب والقبول كل من المتعاقدين ، ويفهمان أن المقصود إنشاء
عقد الزواج ، وذلك ليتحقق الارتباط بين عبارتيهما المكونتين للعقد ، فإذا لم يتم
السمع أو لم يمكن فهم المراد لم يحصل ذلك الارتباط .

وهذان الشرطان من الشروط العامة التي يجب توافرها في كل العقود . وقد
نصت المادة (١٩) في فقرتها الأولى من مشروع قانون الإمارات على ما يأتي :

[١- يشترط في الأهلية للزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل
البلوغ] .

ومشروع قانون دول مجلس التعاون قد نص في المادة - ٧ - على الآتي [
تكمل أهلية الزواج بالعقل ، وإتمام الثامنة عشرة من العمر] ، وكذلك نصت المادة
- ١٠ - منه على :

[أ - إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من عمره الزواج وأمتنع وليه عن
تزويجه جاز له رفع الأمر إلى القاضي .

ب - يحدد القاضي مدة لحضور الولي يبين خلالها أقواله فإن لم يحضر أصلاً
أو كان أعتراضه غير سائق وزجه القاضي] .

ما يشترط في المرأة : يشترط فيها شرطان :

١- أن تكون أنثى محققة الأنوثة : بمعنى أن الزواج لا ينعقد على الرجل أو
الخنثى المشكل ، وهو الذي لا يستبين أمره ، أهو رجل أم أنثى ؟ ويكون الزواج
بالنسبة له - الخنثى - باطلاً .

٢- ألا تكون المرأة محرمة تحرهما قطعيا لا شبهة فيه ، لذلك لا ينعقد الزواج بالمحارم مثل : الأم ، البنت ، الأخت ... ، والمتزوجة بزواج آخر ، والمعتدة ، والمرأة المسلمة بغير المسلم ، فالزواج في كل هذه الحالات باطل . ونصت على هذا الشرط المادة (٩) من مشروع قانون الإمارات .

ما يشترط في صيغة العقد :

والمقصود بالصيغة : الإيجاب والقبول ، ويشترط فيها خمسة شروط

هي :

١- إتحاد مجلسي الإيجاب والقبول ، بمعنى أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فالمراد إتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، لا مجلس المتعاقدين ، لأن شرط الارتباط إتحاد الزمان ، فكان المجلس جامعا لأطرافه من أجل التيسير على العاقدين .

فإن اختلف المجلس ، فإن العقد لا ينعقد ، فإذا قالت المرأة : زوجتك نفسي ، أو قال الولي : زوجتك ابنتي ، فقام الطرف الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو انشغل بعمل آخر يفيد انصرافه عن المجلس ، ثم قال : قبلت ، فإنه لا ينعقد العقد عند الحنفية . فهذا يدل على أن مجرد الوقوف بعد القعود يغير المجلس . وكذلك إذا انصرف العاقد الأول عن المجلس بعد الإيجاب ، ثم قبل الآخر وهو في المجلس في غيبة الأول أو بعد عودته ، لم ينعقد العقد . ومن تغيير المجلس عند الحنفية الركوب على دابة بأكثر من خطوتين ، ونوم العاقدين مضطجعين ، لا جالسين ، فهذا دليل الإعراض عن القبول ، لكن الفورية ليست شرطا للقبول فينعقد العقد وإن طال المجلس .

والعمل عليه في الحقيقة في الحد الفاصل بين اتحاد المجلس واختلافه هو العرف ، فما يعتبره العرف إعراضاً عن العقد أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول يكون مغيراً للمجلس العقد ، وما لا يعتبر إعراضاً ، أو فاصلاً ، لا يكون مغيراً للمجلس .

وعند الجمهور^(١) : تشترط الفورية بمعنى ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل كثير^(٢) . أما إذا غاب أحد العاقدين عن الآخر ، وكان التعاقد بطريق الكتابة أو الرسالة ، فقد قال الحنفية : بأن مجلس عقد الزواج ، يكون هو مجلس قراءة الكتاب أمام الشهود ، أو سماع رسالة الرسول بحضرة الشهود ، هنا يتحد المجلس ، لأن الكتابة بمنزلة الخطاب من الكاتب ، وكذلك كلام الرسول هو كلام المرسل . لأنه ناقل لعبارة المرسل ، فكان قراءة الكتاب . وسماع قول الرسول ، هو كلام الكاتب معنى . وسماع قول المرسل معنى . فإن لم تتم قراءة الكتاب أو لم يسمع كلام الرسول لا ينعقد العقد عند أبي حنيفة ومحمد لا اشتراط الشهادة على شطري العقد .

٢- عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر ، فإن الرجوع عن الإيجاب يبطله ، فإذا ورد القبول بعد ذلك كان وارداً على غير شيء فلا ينعقد ، والإيجاب غير ملزم لصاحبه إلا إذا استمر عليه حتى ورد عليه القبول . بمعنى أنه يكون للموجب الرجوع ما دام لم يقبل الآخر . فإذا قبل الآخر لزمه الإيجاب .

(١) معنى المحتاج ٥/٢ ، ٦ . كشف القناع ١٣٦/٣ . حاشية لصاري على شرح الصغير ٣٥٦٠٣ .

الفقه الإسلامي وأدلته ص ٤٩/٧ . ٥٠ .

(٢) استثنى المالكية من الفورية بين الإيجاب والقبول مسأله . وهي أن يقول لرجل في مرصه : إن مت فقد

ورجعت انتني ثلاثة من فلان . فهذا يصح . طال لأمر أو لا .

٣- موافقة القبول للإيجاب ومطابقته له : وهذا التوافق يكون باتحاد القبول والإيجاب في محل العقد وفي مقدار المهر ، فإذا اختلفا وكانت المخالفة في محل العقد ، مثل قول ولي الفتاة : زوجتك زينب ، فيقول الرجل : قبلت زواج عائشة ، فلا ينعقد الزواج ؛ لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب من أجله ، فلا يصح ، وإن كانت المخالفة في مقدار المهر ، مثل قول الأب : زوجتك ابنتي على خمسين درهم ، فيقول الزوج : قبلت الزواج بثلاثين ، لا ينعقد العقد ، إلا إذا كانت المخالفة لأفضل بأن يقول الزوج : قبلت بمائة ، هنا يصح العقد عند الحنفية ^(١) .

وسبب عدم انعقاد العقد عند المخالفة بمقدار المهر ، مع أن المهر ليس ركناً من أركان العقد : لأن المهر إذا ذكر في العقد ، التحق بالإيجاب وصار جزءاً منه ، فيلزم أن يأتي بالقبول على وفق الإيجاب ، حتى ينعقد العقد .

٤- أن يسمع الإيجاب والقبول كل من المتعاقدين ، ويفهمان أن المقصود هو إنشاء عقد الزواج ، لتحقيق الارتباط بين عبارتيهما ؛ لأن عدم السماع ، وعدم فهم المراد - يؤدي إلى عدم الارتباط .

٥- التنجيز : بأن تكون مفيدة لمعناها في الحال ، غير معلقة على أمر في المستقبل أو مضافة كذلك . مثل قول الرجل للمرأة : تزوجتك فتقول قبلت فهذا لاشيء فيه ، فإن قال : تزوجتك إن قدم فلان من سفره وقبلت ؛ أو تزوجتك في العام القادم وقبلت لا ينعقد العقد . لأن الزواج عقد تمليك وهو لا يقبل التعليق والاضافة

ونصت المادة - ٧ - من مشروع قانون الإمارات على هذه الشروط . وكذلك نصت عليها المادة - ٢٣ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون .

(١) لأن الحنفية لا يشترطون توافر حقيقة طرأ ، ليصح مع الإكراه والغفل ، فكان هذا توفى .

ثانيا : شروط صحة الزواج^(١)

شروط صحة الزواج : هي التي إذا تحققت كان العقد صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه بعد انتمائه ، وإذا تخلف شرط منها كان العقد غير صالح لترتب آثاره عليه ، ويسمى حينئذ فاسداً ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : الإشهاد على عقد الزواج .

الشرط الثاني : ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً فيه شبهة أو فيه خلاف بين الفقهاء .

الشرط الثالث : أن تكون المصيغة مؤيدة .

الأول : الشهادة :

ينفرد عقد الزواج من بين سائر العقود والتصرفات بلزوم الشهادة عليه حتى يكون منتجاً لآثاره الشرعية . أما غيره من العقود والتصرفات فالشهادة فيه مندوبة في رأي أكثر العلماء .

والحكمة في لزوم الشهادة على الزواج أن له شأنًا عظيمًا في نظر الإسلام ، ولأن في الشهادة عليه منعا للظنون والشبهات ، ودفعاً لقول السوء عن الزوجين عندما يرى الرجل مقيماً مع المرأة في عشرة واحدة .

والكلام عن هذا الشرط يكون في ثلاثة مواضع : آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة على الزواج ، وقت الشهادة ، شروط الشهود .

(١) المجلد ٣٥١/٢ - ٣٥٧ ، ٣٦٣ وما بعدها ، تبين الحقائق ٩٨/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير ٢٣٦/٢ - ٢٤٠ ، مضي المحتاج ١٤٤/٣ - ١٤٧ ، المهلب ٤٠/٢ ، المغني ٤٥٠/٦ ، القوانين الفقهية ١٩٧ .

أولاً : آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة :

اتفقت المذاهب الأربعة^(١) على أن الشهادة شرط في صحة الزواج ، فلا يصح بلا شهادة اثنين ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - فيما روته عائشة - رضي الله عنها - (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)^(٢) . وروى الترمذي عن ابن عباس - رضي الله عنه - من قوله - صلى الله عليه وسلم - (البغايا اللاتي يَنكحُن أنفسهن بغير بيعة)^(٣) ، ولأن في الشهادة - كما ذكر سابقاً - بعداً عن الطنون ، ومنعاً للجحود ، جحد الولد .

إخفاء النكاح : ذهب المالكية^(٤) إلى القول - تأكيداً لشرط الشهادة - يفسخ النكاح إذا كان نكاح سر^(٥) (وهو الذي يوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته ، أو عن جماعة ولو أهل منزل) بطلقة بائنة إن دخل الزوجان ، كما يتعين فسخ النكاح بدخول الزوجين بلا إشهاد ، ويحدان معا حد الزنا جلداً أو رجماً إن حدث وطه وأقرّا به ، أو ثبت الوطء بأربعة شهود كالزنا ، ولا يعذران بجهل .

ولكن لا يجب الحد عليهما إن فشا النكاح وظهر بنحو ضرب دف أو وليمة ، أو بشاهد واحد غير الولي ، أو بشاهدين فاسقين للشبهة ، لقوله - صلى الله عليه

(١) هنا هو المعتد في مذهب المالكية ، بخلاف ما ذكره بعض الكتب من أنه لا يشترط الإشهاد عند الإمام مالك ، بل يكفي الإعلان ولو بالدف . وهذا هو المشهور عن أحمد أنه لا يعتقد إلا بشاهدين ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٠/٧ وما بعدها .

(٢) رواه الدار قطني وابن حبان في صحيحه .

(٣) نيل الأوطار ١٢٥/٦ .

(٤) الشرح الكبير مع الدررقي ٢٣٦/٢ ، الشرح الصغير ٣٣٦/٢ وما بعدها .

وسلم - (إدعوا الحدود بالشبهات)^(١) .

وقال الحنابلة : لا يبطل العقد بالتواصي بكتمانه - فلو كتمه ولي وشهود وزوجان صح وكره^(٢) .

ونذهب قوم إلى القول - وهو قول شاذ - وهو لابن أبي ليلى وأبي ثور وأبي بكر الأصم - وهو مذهب الشيعة الإمامية^(٣) . بأنه لا تشترط الشهادة في الزواج ولا تلزم ، لأن الآيات الواردة في شأن الزواج لا تشترط الإشهاد مثل قوله سبحانه (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) . وقوله سبحانه ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ فيعمل بها على إطلاقها ، والأحاديث الواردة لا تصلح مقيدة .

والشيعة الإمامية ، وإن كانوا لا يشترطون الإشهاد ، ولكنهم قالوا باستحباب الإعلان والإظهار في النكاح الدائم والإشهاد .

الترجيح : ولا شك أن ما ذهب إليه الجمهور هو الأصح والأقوى لقوة أدلته . أما القول الآخر الذي لا يشترط الشهادة فهو قول باطل لا يعمل عليه ، حيث لا دليل عندهم .

ثانياً : وقت الشهادة

ذهب الجمهور - غير المالكية - إلى القول بأن الشهادة تلزم حين إجراء العقد ، ليسمع الشهود الإيجاب والقبول ، عند صدورهما من المتعاقدين . فإن تم العقد بدون الشهادة كان العقد فاسداً ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - السابق - :

(١) رواه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس ، رواه مسدد في مسنده عن ابن مسعود موقوفاً - الجامع الصغير - .

(٢) غايه المصطفى ٢٧/٣ . (٣) للمختصر النافع في فقه الإمامية ص ١٩٤ .

(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) : وظاهره عند النكاح ، وبه تحقق حكمة الشهادة . ولأن الشهادة - كما قال الحنفية - ^(١) شرط ركن العقد . فيشترط وجودها عند الركن .

وذهب المالكية إلى القول : بأن الشهادة شرط لصحة الزواج . سواء أكانت عند إبرام العقد ، أو بعد العقد وقبل الدخول ، ويستحب فقط كونها عند العقد . فإن لم تصح الشهادة وقت العقد أو قبل الدخول ، كان العقد فاسداً ، ويكون الدخول بالمرأة هنا معصية ، ولما كان كذلك تعين فسخه ، فالشهادة إذن عندهم شرط في جواز الدخول بالمرأة ، لا في صحة العقد ، وهذا هو محل الخلاف بين الجمهور والمالكية .

ثالثاً : شروط الشهود

اشتراط الفقهاء شروطاً في الشهود لا بد أن تتوافر فيهم حتى تقبل شهادتهم ، وهذه الشروط هي :

١- العدد : فلا يصح عقد الزواج إلا إذا تعدد الشهود ، وهذا شرط اتفق فيه الفقهاء ، فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد ، لقوله سبحانه : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) ^(٢) ، وللحديث السابق : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) . فقد نصت الآية الكريمة ، وكذلك الحديث بأن الشهادة تحصل برجلين أو برجل وامرأتين . وهذا بالنسبة للأمور عامة ، والشهادة على غير الزواج ليست واجبة وإنما هي مستحبة ومندوبة عند جمهور الفقهاء ، ولكنها على الزواج شرط في صحته عند الجمهور كما سبق ، وهي لا تصح إلا برجلين أو برجل وامرأتين ، وهذا عند

(٢) البقرة / ١٨٢ .

(١) الفقه الإسلامي وأصله ٧/ ٧٢ .

الحنفية ، أما الشافعية ومن وافقهم فقالوا : لا تجوز الشهادة في الزواج إلا برجلين ، ولا تصح شهادة النساء عندهم في هذا الأمر .

ومشروع قانون الإمارات جاء موافقا لمذهب الشافعية فقد أقتصر على شهادة الرجال فقط وقد نصت على هذا المادة - ٨ - فقرة ١ [يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين معا كلام المتعاقدين فاهمين أن المقصود به الزواج] .

أما مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون فقد نصت المادة ٣١ على الآتي [يشترط في الشاهد أن يكون عاقلا بالغاً من أهل الثقة ، سامعا الإيجاب والقبول ، فاهما أن المقصود بهما الزواج ، مسلما متى كانت الزوجة مسلمة .

٢- العقل : فلا تصح شهادة المجنون على عقد الزواج ، وكذلك غير البالغين ، إذ لا تتحقق الغاية من الشهادة وهي الإعلان وإثبات الزواج في المستقبل عند الجحود والإنكار بهذه الشهادة وكذلك فإنهما أي المجنون والصبي لا ولاية لهما على أنفسهما فمن باب أولى لا تكون على غيرهما .

٣- الحرية : شرط عند جمهور الفقهاء - غير الحنابلة - بمعنى أن يكون الشاهدان حرين ، فلا يصح الزواج بشهادة عبيدين ، لخطورة عقد الزواج ، وللعلة السابقة وهو أنه لا ولاية له على نفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره . وقال الحنابلة ينعقد الزواج بشهادة عبيدين ، لأن شهادة العبيد مقبولة عندهم في سائر الحقوق ، ولم يسبق نفيها في كتاب أو سنة أو إجماع ، قال أنس بن مالك : ما علمت أحدا رد شهادة العبد ، والله يقبلها على الأمم يوم القيامة ، فكيف لا تقبل هنا ؟ وتقبل روايته في الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا كان عدلا ثقة ، فكيف لا تقبل

فيما دون ذلك ؟ والمعلول عليه في الشهادة الثقة بخبر الشاهد ، فإذا كان العبد ثقة عدل
افتقبل شهادته .

٤- الإسلام : هذا شرط بالاتفاق ، وهو أن يكون الشاهدان مسلمين ، واشترط
هذا إذا كان الزوجان مسلمين ، واكتفى الحنفية بهذا الشرط إذا كانت الزوجة
مسلمة ، فإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين صح عندهم ، لأن شهادة الكتابي على
مثله جائز ، ولا يصح عند غيرهم لأن الزوج مسلم ، ولا بد من معرفة الزواج في أوساط
المسلمين .

ودليل الذين منعوا شهادة غير المسلم إذا كانت الزوجة ذمية والزوج مسلم ،
الحديث السابق | لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل [.

والمراد بالعدالة : عدالة الدين وهي لا توجد في غير المسلمين .

الدليل الثاني : أن الشهادة هي شهادة على العقد ، والعقد يتعلق بالزواج
المسلم والزوجة الكتابية ، فإذا جازت شهادة غير المسلم على هذا العقد كان فيه شهادة
غير المسلم على المسلم وذلك لا يجوز ، وأما ما استدل به الحنفية ، على جواز شهادة
غير المسلم إذا كانت الزوجة ذمية ، فقد قالوا : بأن الشهادة في الزواج شهادة على
المرأة ، لأنها الجانب الأضعف في الطرفين ، و الشهادة يراعى فيها الجانب الأضعف
فتكون المرأة هي الشهود عليها ، وما دامت المرأة كتابية فيجوز أن يكون الشاهدان
كتابيين كذلك . وكذلك فقد ذهب الحنفية إلى القول : بقبول شهادة الكتابيين إن كان
الزوجان غير مسلمين .

٥- سماع الشهود كلام المعاقدين مع فهم المراد منه : هذا شرط عند أكثر
الفقهاء ، فلا ينعقد بشهادة نائمين أو أصميين ، لن الفرض من الشهادة لا يتحقق

بأمثالهما . كذلك لا يصح بشهادة السكران الذي لا يعي ما يسمع ، ولا يصح أيضا بشهادة غير عربي في عقد بالعربية إذا كان لا يعرف اللغة العربية ، لأن القصد من الشهادة فهم كلام العاقدين ، وأداء الشهادة عند اللزوم والاختلاف . وهذا هو الراجح عند الحنفية . ولا يشترط في الشهود أن يكونوا ممن لا ترد شهادتهم للزوجين في القضاء ، فيصح الزواج بشهادة ابني الزوجين أو ابني أحدهما إلا عند الحنابلة ، فإنه لا يصح ، وكذلك تصح شهادة عدويهما ، لن الولد والعدو من أهل الشهادة . وتصح شهادة الحواشي والأعمام إذا كان الولي - عند غير الحنفية - غيرهم ، فالولي عند الجمهور شرط كالشهود ، والشهود غير الولي . وقد وضع الحنفية ضابطا لمن تقبل شهادته في الزواج ومن لا تقبل ، فقالوا : كل من صلح أن يكون وليا في الزواج بولاية نفسه ، صلح أن يكون شاهدا فيه . ونصت المادة (٨) من مشروع قانون الامارات في فقرة ٢ - ٢ :

٢- ويشترط إسلام الشاهدين ، ويكتفى عند الضرورة بشهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية .

ونص مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون في المادة ٣١ على هذا كما ذكر سابقا .

٦- عدالة الشهود :

من الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج . تحقق العدالة الظاهرة وهي : الاستقامة واتباع تعاليم الدين ولو ظاهريا . بمعنى أن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف . وهذا ما ذهب إليه الجمهور . فلا يصح الزواج بشهادة الفاسق للحديث السابق : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) ثم إن الشهادة تكريم

للزواج وإظهار لشأنه ، والفاسق ليس من أهل التكريم حتى يكرم العقد به . ولكنه من أهل الإهانة .

أما الحنفية : فقد قالوا بأن العدالة ليست شرطاً في الشهود ، بمعنى أنه يصح أن ينعقد الزواج بشهادة العدول وغير العدول من الفاسق ، لن هذه الشهادة تحمّل ، فتصح من الفاسق كسائر التحملات ، وكذلك هو من أهل الولاية فمن باب أولى يكون من أهل الشهادة ، وهو ما ذهب إليه الشيعة الإمامية أيضاً ، لن الشهادة عندهم ليست شرطاً لصحة العقد : بل هي مندوب إليها - كما سبق - .

وأعتقد أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح لأن النص بجانبهم ، ومع هذا لم يشترط مشروع قانون الامارات ولا مشروع القانون العربي الموحد عدالة الشهود ، ولذلك تصح شهادة الفاسقين على عقد الزواج . وكان الأفضل الأخذ برأي من قالوا بالعدالة .

٧- البصر :

ذهب الشافعية في اشتراط البصر - في الأصح - حتى تقبل الشهادة في الزواج ، بمعنى أن شهادة الأعمى لا تقبل . لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمعاينة كالسمع : فهو لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه .

ولكن - البصر - ليس بشرط عند الجمهور (١) غير الشافعية . فتصح شهادة الأعمى إذا سمع كلام الماقيدين ويميز صوتهما على وجه لا يشك فيهما . لأنه أهل للشهادة .

(١) فتح القدير ٣/٣٥٣ ، حاشية لمسوقي على شرح الكبير ٢/٣١٦ ، مغني ٦/٤٥٣ .

وهذه الشهادة تكون على القول ، فتصح كما تصح في المعاملات .
والذي أراه راجحاً في هذا هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم اشتراط الإبصار
في شهود عقد الزواج ، لأنها شهادة على قول فتصح من الأعمى كالشهادة
بالاستفاضة . وقد أغفل المشروعان هذا الشرط ، وذلك عملاً بالرأي الراجح .

الثاني :

ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً فيه شبهة ، أو تحريماً مؤقتاً ، أو
فيه خلاف بين الفقهاء ، كأن تكون المرأة في العدة من طلاق بائن ، أو تكون أختاً
للمطلقة التي لا تزال في عدتها ، وكالجمع بين اثنتين كلتاها محرم للأخرى ، كتزويج
العمة على ابنة أخيها ، والخالة على ابنة أختها ، فالزواج في هذه الحالات يكون
فاسداً لعدم تحقق الشرط - عند الحنفية - لذلك لا يحل فيه الدخول بالمرأة . ويجب
التفريق بين الرجل والمرأة جبراً ، إن لم يتفرقا اختياراً . فإذا لم يتم بعد هذا العقد
الفاقد دخول فلا يترتب عليه شيء من آثار الزواج . أما إذا حدث دخول - وهو
مبصية - فإنه مع وجوب التفريق بينهما ، تترتب عليه بعض الآثار فيجب فيه للمرأة
الأقل من المسمى ومهر المثل ، وتجب عليها العدة ، ويثبت نسب الولد من الرجل ،
إن حصل حمل من ذلك الدخول . ولكنه لا يثبت به حق التوارث بين الزوجين . أما
إذا كانت المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤكداً ، كالخت والبنات والعمة ، فإن
العقد هنا يكون باطلاً بالاتفاق ، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ، لأن هذا
يعتبر شرطاً من شروط الانعقاد .

وبهذا نخلص إلى القول : بأنه إذا كان التحريم قطعياً ، كان سبباً من أسباب
البطلان ، وإذا كان التحريم ظنياً ، كان سبباً من أسباب الفساد عند الحنفية .

وجاء هذا المعنى في المادة - ٩ - ونصها : [يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً] .

ونصت المادة - ٢١ - من مشروع قانون دول مجلس التعاون على نفس المعنى .

الثالث : من شروط صحة الزواج أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مؤبدة :

بمعنى ألا يكون فيها توقيت للزواج بمدة سواء أكانت معينة أم غير معينة ، طويلة أم قصيرة ، فإذا وُقت الزواج بمدة كان فاسداً ، لأنه حينئذ لا يُقصد به ، ما كان للزواج الشرعي من المعاشرة الدائمة والتنازل والقرار ، وإنما يقصد لحاجات وقتية ينتهي بانتهائها مثل أن يقول الرجل لامرأة : تزوجتك شهراً أو سنة ، أو يقول الرجل الغريب في بلد لامرأة : تزوجتك مدة مقامي في هذا البلد . وقد سبق بيان رأي الجمهور والأحناف في هذه المسألة .

ثالثاً : شروط النفاذ :

العقد النافذ : هو العقد الصحيح الذي يصدر من شخص رشيد كامل الأهلية - أهلية الأداء - بحيث يكون من سلطته إبرام هذا العقد ، وعلى ذلك فتكون شروط النفاذ لعقد الزواج ، هي التي يقصد بها تلك الشروط التي إن توافرت صار عقد الزواج نافذاً ، أما إن تخلفت أو تخلف شرط منها ، كان العقد غير نافذ . وحتى يكون عقد الزواج نافذاً وتترتب عليه آثاره الشرعية بالفعل بعد توافر شروط الإنعقاد وشروط الصحة لا بد من تحقق الشروط الآتية ^(١) :

(١) المراجع ٢٣٣/٢ وما بعدهما ، الدر المختار ٣٧٩/٢ ، الشرح الصغرى ٣٩١/٢ ، الشرح الكبير ٢٤١/٢ .

أولاً : أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية إذا تولى العقد بنفسه أو وكل به غيره . وكمال الأهلية بالمقل والبلوغ والحرية . فمتى كان كل من الزوجين المتعاقدين عاقلًا حراً فقد نفذ العقد وترتب آثاره عليه . من حل الدخول بالمرأة ووجوب المهر . وكذلك إذا باشر العقد وكيله فإنه يكون نافذاً ولا يتوقف على إجازة أحد . وقال محمد : إذا زوجت العاقلة البالغة نفسها ، بدون ولي ، كان زواجها موقوفاً على إجازة الولي . أما إن كان أحد العاقدين - أو كلاهما - فاقد الأهلية ، بأن كان مجنوناً أو صبيّاً غير مميز وتولى زواجه بنفسه فالعقد باطل - كما سبق - ولو أجازته من له إجازته لأن الإجازة لا تجعل الباطل صحيحاً ، وإنما تجعل الموقوف نافذاً . وأما إن كان أحد العاقدين ، أو كلاهما ناقص الأهلية بأن كان معتوها أو صبيّاً مميزاً ، وتولى زواجه بنفسه فالعقد موقوف على إجازة من له إجازته ، فإن أجازته كان نافذاً ، وترتب عليه آثاره ، وإن لم يحجّزه كان باطلاً .

ثانياً : ألا يكون العاقد ولياً أبعد مع وجود الولي الأقرب ، كأن يعقد العم أو الأخ مع وجود الأب ، فإن تم العقد بهذه الصفة كان موقوفاً على إجازة الأب لأنه سبحانه وتعالى جعل له هذا الحق .

ثالثاً : ألا يخالف أمر موكله إذا كان وكيلاً . فإذا وكله في زواج امرأة معينة ، أو وكلته المرأة في زواج شخص معلوم ، فزوجه من غيرها ، أو زوجها من غيره توقف العقد على إجازة الموكل .

رابعاً : ألا يكون العاقد فضولياً : وهو من ليس له ولاية التزويج وقت العقد ، وهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية ، فإذا زوج شخص امرأة لرجل وقبل عنه ، أو كان العكس ، دون ولاية ولا وكالة وقت العقد . كان الزواج موقوفاً على

إجازة صاحب الحق في هذا ، وأما عند الشافعية والحنابلة : فإن تصرف الفضولي من بيع وزواج باطل .

ويجب ملاحظة أمران :

أحدهما : أنه لا يشترط في نفاذ العقد الرشد . فيصح عقد الزواج وينفذ من السفیه ، ولو كان محجورا عليه ، وكذلك ذي الغفلة ، وذلك لأن موضوع الحجر في السفیه وذي الغفلة يكون ذلك في التصرفات المالية ، وأما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر ، فيجوز الزواج ، ولكن لا يثبت من المهر أكثر من مهر المثل إذا كان السفیه هو الزوج . ويثبت لها مهر مثلها على الأقل إذا كان السفیه هو ولي الزوجة .

الثاني : أن مذهب أبي حنيفة ورواية عن أبي يوسف أن المرأة لها كامل الولاية في شأن زواجها ، وليس لأحد عليها ولاية الإيجاب ما دامت بالغة عاقلة . كما أن العقد ينشأ بعبارتها ويصح ، وإن كان الأفضل أن توكل عنها غيرها - وليها العاصب - في شأن زواجها .

وجمهور الفقهاء : على أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بنفسها ، وأن العقد لا ينشأ بعبارة النساء ، وسوف أزيد هذا إيضاحا - بمشيئة الله تعالى - في مكان آخر .

ومشروع قانون الإمارات في الفقرة الثالثة من المادة (٣٧) نص على أن الزواج غير النافذ هو الذي يعقد موقوفا على إجازة من له الحق في الإجازة . ونصت المادة (٢٣) على الآتي :

(أ) زواج الفضولي متى وقع صحيحا يتوقف على إجازة صاحب الشأن .

(ب) وإذا جاوز الوكيل في الزواج حدود وكالته كان فضولياً .
ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد تحدث عن أهلية الزواج
والولاية فيه في المواد ٧ ، ٨ ، ١٣ ، ١٤ .

رابعاً : شروط اللزوم^(١)

عقد الزواج : هو عقد لازم في الأصل ، بمعنى أنه ليس لأحد أن ينفرد
بفسخه ، ومعنى فسخه نقص العقد من أصله ، والطلاق في الحقيقة ليس نقصاً للعقد
من أصله ، بل هو إنهاء لأحكامه ، وهو من الحقوق التي يملكها الزوج - كما سيأتي
بمشيئة الله تعالى - بمقتضى العقد لا باعتبار أن ذلك فسخ ونقص للعقد .

وشروط اللزوم هي التي يتوقف عليها دوام آثار العقد الشرعية ويقاؤه دون
اعتراض لأحد ، إذا فُسر اللزوم عند فقده ، يعطي حق الفسخ لمن له الخيار وهو -
شرط اللزوم - في المرتبة الأخيرة لشروط الزواج فيلزم أن يسبقه تحقق شروط الانعقاد ،
وكذلك الصحة والنفاذ ، وهذه الشروط هي :

أولاً : أن يكون الزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها أحد الأصول أو الفروع ، فلو
زوج المجنون والمجنونة أو الصغير والصغيرة غير الأصل والفرع ، كالح أو العم لا يكون
العقد لازماً ، لأن كلا من الأصل والفرع عنده من دواعي الشفقة والحرص على المصلحة
ما يجعله يختار الأفضل والأحسن لمن يزوجه من فاقد الأهلية أو ناقصها - وهذا الشرط
عند أبي حنيفة ومحمد .

(١) البدائع ٣١٥/٢ - ٣٢٢ ، الشرح الصغير ٣٩٩/٢ وما بعدها ، للهبذ ٣٩/٢ ، كشاف القناع
٢٧١/٥ الفرائدين للفقيه ص ١٩٧ ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٤٨ - ١٥١ .

ومعنى أنه يكون غير لازم أن يكون لكل منهم حق الفسخ عند زوال المانع ،
أي الافاقة من الجنون أو العته ، والبلوغ بعد الصغر ، حتى ولو كان الزواج بالكفء
وبمهر المثل .

ودليل أبي حنيفة ومحمد : ما روي أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه
عثمان بن مظعون ، من عبدا لله بن عمر - رضي الله عنه - فخيرها رسول الله -
صلى الله عليه وسلم - بعد البلوغ ، فاخترت نفسها ، حتى روي أن ابن عمر قال :
إنها انتزعت مني بعد ما ملكتها .

وقال أبو يوسف : ليس هذا بشرط ، ويلزم نكاح غير الأب والجد من
الأولياء ، فلا يثبت الخيار للمولى عليه ، لأن هذا النكاح صدر من ولي ، فيلزم ، كما
إذا صدر عن الأب والجد ، لأن ولاية التزويج ولاية نظر في حق المولى عليه ، وقد
اجتهد الولي في تحقيق المصلحة ، ونظر فيما هو الأولى والأصلح .

وإذا زوج الحاكم فاقد الأهلية أو ناقصها ، فلا خيار للمولى عليه عند أبي
حنيفة خلافا لمحمد . لأن ولاية الحاكم أعم من ولاية الأخ والعم ، لأنه يملك التصرف
في النفس والمال ، فكانت ولايته تشبه ولاية الأب والجد ، ومعروف أن ولايتهما
ملزمة ، فكذلك تلزم ولاية الحاكم ^(١) .

ثانياً : ألا تزوج المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء ، فإن هي فعلت
ذلك كأن للأولياء حق طلب الفسخ ، ولا يلزم العقد في حقهم ولهم حق رفع الأمر إلى
القاضي لفسخه ، ولا يعتبر هذا الفسخ طلاقاً بل هو رفع للعقد من أساسه ، فإذا لم
يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد الفسخ شيء من

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٨٧/٧ ، ٨٨ .

الآثار ، فلا يجب فيه مهر ، ولا يثبت به ميراث اذا مات أحد الزوجين .

أما قبل القضاء بفسخه فإنه تترتب عليه جميع الآثار ، لأنه عقد صحيح نافذ ، فإن كان قد حصل دخول أو خلوة صحيحة وجب جميع المهر المسمى ، ويثبت به حق التوارث ، ووجب على المرأة العدة بعد الفرقة ويثبت نسب الولد من الرجل .

ويجب أن يلاحظ أن ثبوت حق الأولياء في الاعتراض على تزوج المرأة بغير كفء محله إذا لم يسكتوا حتى تلد أو يظهر عليها الحمل ، فإن سكوتوا عن رفع الأمر إلى القاضي حتى ظهر عليها الحمل ، أو تمت الولادة بالفعل ، حينئذ لم يكن لهم حق الاعتراض محافظة على الولد .

والظاهر في هذا أن الحكم بعدم لزوم العقد عند عدم الكفاءة إنما يكون إذا كان لها أحد من الأولياء العصبية ، فإذا لم يكن لها أحد منهم وقع عقدها من أول الأمر لازماً . وهذا كله مذهب الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رواية أخرى غير مشهورة عنه : وهي أنه إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء لم يقع العقد صحيحاً من أول الأمر ، حتى أنها لو كانت مطلقة ثلاثاً ثم تزوجت بزواج آخر غير كفء ودخل بها لم تحل بذلك للزوج الأول . قال بعض الفقهاء : وهذا الرأي هو المختار للفتوى .

والدليل على أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة أنه - صلى الله عليه وسلم - (أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه . فنكحها بأمره)^(١) . وروى عائشة - رضي الله عنها - (أن أبا حذيفة بن عقبة بن ربيعة تبنى سالماً . وأنكحه

(١) متفق عليه

ابنة أخيه الوليد بن عقبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار^(١) . وهذان الحديثان يدلان على أن الرواية الأولى لأبي حنيفة ومن معه من أن الكفاءة شرط لزوم ، وليس شرط صحة : وهو الذي يجب أن يعمل عليه رغم ما رواه بعض الفقهاء في الرواية الأخرى .

ونصت المادة - ٢٩ - من مشروع قانون الإمارات على هذا المعنى إذ تقول : | يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة وقت العقد فقط ، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة | . ونصت على هذا المعنى المادة - ٢٠ - في فقرتها أ ، ب من مشروع قانون دول مجلس التعاون .

ثالثاً : ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت العاقلة البالغة نفسها من غير اشراك وليها في أمرها ، فلو زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، فللولي حق طلب الفسخ ، ويغفر في ذلك النقصان القليل ، فإن تزوجت بمهر وكان هذا المهر ينقص نقصاناً فاحشاً عن مهر المثل لم يلزم هذا العقد الأولياء ، فلهم حق الاعتراض ورفع الأمر إلى القاضي حتى يكمل لها مهر المثل أو يفسخ العقد بالقضاء ، ويكون ذلك رفعاً للعقد من أساسه ، وهذا عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد : ليس هذا بشرط ، ويلزم النكاح بدونه . ونصت المادة (٣٤) من مشروع قانون الإمارات على هذا المعنى فجاء بها | ليس للولي طلب الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل | .

رابعاً : ألا يكون للزوج عيب مستحكم لا تعيش معه إلا بضرر . فإن من حق الزوجة هنا أن تطلب التفريق من القاضي ويفرق بينهما إن ثبت هذا العيب . مثل أن يكون الزوج عنيماً أو مجبوباً .

(١) رواه البخاري ومسلم في صحيحيه .

خامساً: ألا يكون العقد قد لحقه تقرير في بيان الكفاءة ، مثل أن يخبر الزوج عن نسب وتبين أنه دون ذلك ، فللزوجة طلب الفسخ ، لأن رضاها حينئذ لم يكن على أساس صحيح .

وخالف زفر في هذا فقال : ليس لها طلب الفسخ كما أنه ليس له حق الفسخ إذا ادعت نسباً غير نسبها ، والفرق جلي وواضح وهو أنه يملك التخلص بالطلاق وهي لا تملك ذلك . وأن الرجل لا يعير بزواج من دونه وهي تعير بزواج ممن دونها ، وتفتخر بزواج من هو أعلى منها .

ونصت على هذا المادة (٣٢) من مشروع قانون الإمارات ، وهي : | إذا ادعى الرجل الكفاءة ، أو اصطنع ما يوهم بها ، أو اشترطت الكفاءة في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء ، كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ | .

هذه هي شروط اللزوم التي يترتب على وجودها لزوم العقد ودوامه ، ويترتب على فقدانها أو واحد منها جواز فسخه وقطعه ، وبهذه الشروط أكون قد انتهيت من الحديث عن الشروط الشرعية بأنواعها الأربعة : شروط الإنعقاد ، وشروط الصحة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم ، وأي عقد توافرت له هذه الشروط يصبح عقداً لازماً وتاماً ، سواء أكان الزوجان صغيرين أو كبيرين ، وسواء أثبتت في وثيقة رسمية أو كان ذلك عقداً شفوياً فقط .

الشروط القانونية :-

بعد أن انتهيت من الحديث عن الشروط الفقهية بأنواعها الأربعة - كما وضح سابقاً - كان من إتمام الفائدة أن أقف أمام ما أشرطه المشرع الوضعي ، وهي شروط لا يترتب عليها أي أثر شرعي ، ولكن يترتب على فقدانها أثر قانوني فقط .

وهي شروطان :

١- سن الزوجة يجب ألا يقل عن ست عشرة سنة هلالية ، والزوج يجب ألا يقل سنه عن ثماني عشرة سنة هلالية وقت العقد . وهذا الشرط نصت عليه المادة - ٢٠ - من مشروع قانون الإمارات ونصها [لايجوز توثيق عقد الزواج إذا لم يكن الزوج قد أتم ثماني عشرة سنة والزوجة ست عشرة سنة وقت العقد ، ما لم تأذن المحكمة بتوثيقه قبل تمام هذه السن إذا رأت مبرراً لذلك] .

٢- أن يقوم الموظف المختص بتسجيل هذا العقد في وثيقة رسمية خصصت لهذا ويجب على الموظف المختص عدم تحرير هذا العقد إذا كان سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من السن المحددة ، كذلك لا يتم التصديق على زواج سابق إلا إذا كان وقت التصديق قد بلغا السن القانونية .

وقد أشارت إلى هذا المعنى الفقرة ٢- من المادة - ٢٠ - من مشروع قانون الإمارات ونصها : [وكل زواج يعقد بالمخالفة لأحكام الفقرة السابقة يعاقب كل من عاقده وموثقه وممثلي الزوجين وشهوده بغرامة لا تقل عن ألف درهم ، ولا تتجاوز خمسة آلاف درهم ، ما لم ينص على عقوبة أشد في قانون آخر] .

وقد نصت المادة - ٦ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على

الآتي :

أ - يوثق الزواج بحجة رسمية .

ب - يجوز اعتباراً لواقع معين ، إثبات الزواج بالبينة أو بالتصادق .

وواضح أن مشروع دول مجلس التعاون لم يتعرض إلا لتسجيل الزواج في وثيقة رسمية . وهذا بخلاف ماتحدث عنه مشروع الإمارات كما سبق .

وقد نصت المادة - ٢١ - من مشروع الإمارات على الآتي :

١- [لايجوز بغير إذن المحكمة عقد زواج من جاوز الستين إذا كان فرق السن بين طرفيه يتجاوز نصف عمر الأكبر منهما ، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا إذا كان فيه مصلحة استثنائية ظاهرة .

٢- وكل زواج يعقد على خلاف ذلك يطبق فيه حكم الفقرة ٢ من المادة السابقة ، كما يعاقب الزوجان بذات العقوبة] .

المبحث الخامس " أقسام عقد الزواج " " وحكم كل قسم "

يقصد بالحكم هنا ، الآثار المترتبة على الزواج شرعا . كحل الدخول بالزوجة : ووجوب المهر ، وإثبات النسب ، وثبوت حق التوارث وغير ذلك من آثار عقد الزواج ، وبناء عليه فينقسم الزواج بناءً على ما تقدم سابقا من شرائطه المختلفة الى ما يأتي :

١- الزواج الصحيح .

٢- الزواج الباطل .

٣- الزواج الفاسد .

٤- الزواج الموقوف .

١- الزواج الصحيح :

الزواج الصحيح النافذ : هو الذي استوفى أركانه ، وشروط انعقاده ، وشروط صحته ، وشروط نفاذه التي سبق توضيحها .

وحكمه : تترتب عليه آثاره الشرعية سواء أكان لازما أم غير لازم . فعدم اللزوم لا ينافي ترتب الآثار ، بل كل ما يفيد جواز الفسخ ممن له حق الفسخ ، وعقد الزواج الصحيح النافذ يوجب على الزوج لزوجته :

(أ) المهر ، وهو المسمى إن كان قد سمي تسمية صحيحة ، وإما مهر المثل إن لم يسم تسمية صحيحة . ويتأكد هذا بالدخول ، أو بالخلوة الصحيحة ، أو بموت

أحد الزوجين قبل الدخول ، وسوف يأتي بيان ذلك - بمشيئة الله تعالى - تفصيلا في أحكام المهر .

(ب) النفقة بجميع أنواعها ، من طعام ، ومسكن ، وكسوة ، ما لم تخرج الزوجة عن طاعته بغير حق شرعي .

(ج) العدل بينها وبين غيرها من الزوجات ، إذا كان متزوجا من أكثر من واحدة .

(د) عدم إيذائها بالفعل ، أو بالقول ، أو بظلمها في المعاشرة الزوجية .

ويوجب على الزوجة لزوجها :

(أ) الطاعة .

(ب) القرار في البيت الذي يجهز لها حسب الشرع ، بشرط أن يوفيقها معجل صداقها ، وأن تكون أمينة على نفسها وماله .

(ج) ثبوت نسب ولده منها بالشروط المعلومة في أحكام ثبوت النسب . لقوله - صلى الله عليه وسلم - (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ^(١) .

(د) ولاية تأديبها بالمعروف في الشريعة الاسلامية ، حتى تستقيم الحياة الزوجية لقوله سبحانه ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ ^(٢) .

(١) نيل الأوطار ٢٧٩/٦ .

(٢) النساء / ٣٤ .

ويوجب على كل من الزوجين للآخر :

(أ) حل استمتاع كل من الزوجين للآخر ، على الوجه المشروع ، ما لم يمنع من الاستمتاع مانع كحيض أو نفاس أو مرض لقوله سبحانه : ﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله ، إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين ﴾^(١) .

(ب) حسن المعاشرة بينهما .

(ج) حرمة المصاهرة ، فتحرم الزوجة على أصول الزوج وفروعه ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وكذلك يحرم على الزوج أصول زوجته بمجرد العقد ، أما فروع زوجته فلا تحرم عليه إلا بالدخول بالزوجة لقوله سبحانه : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً ﴾^(٢) ، وقوله سبحانه : ﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾^(٣) .

(د) التوارث ، فإذا مات أحدهما بعد العقد ورثه الآخر . ما لم يمنع مانع شرعي كاختلاف الدين مثلاً لقوله سبحانه : ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكن الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ﴾^(٤) ، ولقوله سبحانه : ﴿ ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾^(٥) .

(٢) النساء / ٢٢ .

(٥،٤) النساء / ١٢ .

(١) البقرة / ٢٢٢ .

(٣) النساء / ٢٣ .

٢- الزواج الباطل :

الزواج الباطل هو : الذي حصل خلل في ركن من أركانه ، أو في شرط من شروط انعقاده ، وذلك مثل الزواج بالمحارم كالأم والأخت والعمة ، أو يكون العاقد صبياً غير مميز أو مجنوناً . وكذلك العقد على امرأة متزوجة ، أو على امرأة مسلمة والزوج غير مسلم ، أو يكون هناك مخالفة للإيجاب مع القبول كأن يقول الولي : زوجتك فاطمة ، فيقول الآخر : قبلت زواج زينب .

حكمه : فالعقد في كل هذه الصور السابقة يكون عقداً باطلاً ، ولا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول ، بل يعتبر وجوده كعدمه ، وإذا تم الدخول وجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال ، فإن لم يفعلا وجب على كل من يعلم بأمرهما أن يرفع الأمر إلى القاضي . ليفرق بينهما ، دفعا للمعصية ، وإزالة للمنكر ، ولا يقام عليهما الحد لوجود الشبهة عند أبي حنيفة . وإذا لم يجب الحد بهذا الدخول وجب مهر المثل^(١) بالغا ما بلغ .

وقال الأئمة الثلاثة : وأبو يوسف ومحمد - صاحباً أبي حنيفة - إنه لا يجب المهر بالدخول في الزواج ولا يثبت بهذا الدخول - نسب - ولا توارث . ولا نفقة ولا عدة على المرأة بعد التفريق ، لأن وجوب العدة إنما هو لحفظ الأنساب كيلا لا تختلط الأنساب .

والحنفية : يرتبون حرمة المصاهرة على هذا الدخول - العقد الباطل - لأن هذه الحرمة تثبت عندهم بالزنا . فمن باب أولى أنها تثبت بالعقد الباطل .

أما الشافعية : فهم لا يرتبون حرمة المصاهرة على الزنا . وكذلك لا يرتبونها

(١) لأن لوطه في در الإسلام لا يتخلو عن مهر أو حد

على العقد الباطل .

والمادة (٣٩) من مشروع قانون الامارات قد نصت على هذا النوع من الزواج بالآتي :

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج أصلا ، وإذا أعقبه دخول مع علم الطرفين بالحرمة وسببها كان في حكم الزنا المحض ، ولا يعتبر الجهل عذرا إذا كانت دعوى الجهل لا تقبل من أمثال مدعيه) .

وأما المادة (٤٠) منه فقد أوضحت متى يكون الزواج باطلا ؟ في الفقرة الأولى والثانية : وجاء في نهاية الفقرة الثانية :
| فلا يثبت بذلك العقد نسب ولا حرمة ولا مصاهرة ، ولا تجب عدة ولا مهر ، ولا غير ذلك من أحكام الزواج | .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد نص في المادة - ٤١ - على الآتي | الزواج صحيح . أو غير صحيح . وغير الصحيح يشمل الفاسد والباطل | . ثم بين في المواد ٤٢ : ٤٣ : ٤٤ : ٤٥ الزواج الصحيح . والزواج الفاسد . والزواج الباطل وأثر كل نوع .

٣- الزواج الفاسد ^(١) :

الزواج الفاسد : هو الذي فقد شرطا من شروط الصحة بعد استيفائه شروط الانعقاد . وذلك مثل أن يتم العقد بدون شهود . أو تكون المرأة محرمة على من تزوجها بشرط عدم علم الزوجين وقت العقد أنها محرمة .

(١) نسق ٣٣٥.٢ . نقوين لفقهية ٢٠٤ ٢١١ . سنية مجتهد ٣١٢ ٤٩ . ٥٧ . ٥٩ . شرح تكبير ٢٣٦.٢ ٢٤٩ .

حكمه : أنه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الباطل قبل الدخول الحقيقي ، حيث لا يترتب على العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح ، ويجب عليها الافتراق ، فإن لم يفترقا من تلقاء نفسيهما فرق بينهما دفعا للمعصية ، ويجوز لكل شخص أن يرفع أمرهما إلى القاضي ، لأنه من باب إزالة المنكر ويسمى هذا في الفقه الإسلامي (بالحسبة) بمعنى أن الإنسان يحتسب فيه الأجر والثواب عند الله سبحانه .

وهذا العقد - الفاسد - والباطل كذلك - لا يحل للرجل أن يستمتع بالمرأة ، ولا طاعة له عليها ، ولا نفقة ولا مهر لها عليه ، ولا توارث بينهما ، وجملة فهذا العقد - العقد الفاسد - لا يترتب عليه أي أثر من الآثار الشرعية التي تترتب على العقد الصحيح ، وكذلك الباطل من باب أولى . ولكن إذا تم الدخول فما هو الأثر ؟ هناك أمران :

أولهما : أن بهذا الدخول يرتكب معصية ، ويجب التفريق - كما سبق - بينهما ولا تترتب عليه إقامة الحد لوجود الشبهة ، والرسول - صلى الله عليه وسلم - يقول : (إدبروا الحدود بالشبهات ما استطعتم....)^(١) ، وإن كان الحد يسقط فإن على القاضي أن يعذر بما يراه زاجرا لهما ولأمثالهما حتى لا يتفشى هذا الأمر بين الناس ، ومعلوم أن هذا التعمير يكون من باب أولى إذا سقط الحد في الزواج الباطل كما سبق .

(١) مشكاة المصابيح ٢/٢٩٢ .

ثانيهما : فإن الدخول بالعقد الفاسد يترتب عليه الآتي :

١- وجوب المهر ، وهو إما أن يكون مهر المثل إذا لم يكن هناك مهر مسمى ، وإذا سمي مهرا وجب عليه الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، لأن الدخول الحقيقي بالمرأة لا يخلو - كما اتضح سابقا - من حد أو مهر ، وإذا سقط الحد لشبهة العقد وجب المهر .

٢- ثبوت نسب الأولاد الذين يأتون عن طريق هذا الدخول ، إحياءً للأولاد ، وحفظا عليهم من الضياع .

٣- وجوب العدة على المرأة المدخول بها ، إبتداء من وقت المتاركة ، إذا إفترقا من تلقاء نفسيهما ، ومن وقت تفريق القاضي إذا فرق القاضي بينهما ، صيانة للأنساب .

٤- حرمة المصاهرة ، فيحرم على الرجل جميع اصول المرأة وفروعها ، ويحرم على المرأة جميع أصول الرجل وفروعه .

ونصت على هذه الأحكام الأربعة التي ترتبت على الدخول بالزوجة بعد العقد عليها عقدا فاسدا المادة (٤١) من مشروع قانون الإمارات في الفقرة الأولى ، وقد نصت الفقرة الثانية على الآتي : [وإذا لم يحصل دخول حقيقي لا يترتب عليه شيء من الآثار] .

٤ - الزواج الموقوف :

هو الذي فقد شرطاً من شروط النفاذ ، بعد استيفائه الأركان وشروط الإنعقاد .
وشروط الصحة . كأن يباشر هذا العقد معتوه ، أو صبي مميز ، أو يتولى عقد الزواج ولي
أبعد مع وجود ولي أقرب بدون إذنه .

فهذه العقود موقوفة على إجازة من له حق الإجازة . فإذا أجازها نفذت .
وإذا لم يجزها ، وحصل دخول بالفعل ترتب على هذا الدخول - رغم تحريمه -
جميع الآثار التي تترتب على الدخول في الزواج الفاسد ، والتي سبق ذكرها . أما بعد
أن يجيزه يكون العقد صحيحاً ، نافذاً ، وبعد أن يردده يصير باطلاً .

والمادة (٣٨) من مشروع قانون الإمارات نصت على حكم الزواج الصحيح
النافذ وغير النافذ وجاء في نهايتها : [وإذا وقع الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم
الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يجز ، ويعتبر زواجا نافذاً من وقت العقد إذا
أجيز] .

المبحث السادس المحرمات من النساء

تمهيد :

سبق أن أشرت إلى أنه من شروط إنعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤكداً ، وأنه من شروط صحته ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً ثبت بدليل ظني أو تحريماً فيه خلاف بين الفقهاء .

فبالعقد على النوع الأول - المحرم تحريماً مؤكداً - كالأم والأخت ، يبطل العقد - كما سبق - ويصير وجوده كعدمه ، وبالعقد على النوع الثاني - المحرم تحريماً مؤقتاً - يكون العقد فاسداً لا يترتب عليه بالنظر لذاته شيء من الآثار . ولكن إذا حصل دخول ترتب عليه بعض الآثار وهي - كما سبق - وجوب العدة . وثبوت النسب ، وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل ، وحرمة المصاهرة .

والآن سوف أتكلم - بمشيئة الله تعالى - على النساء المحرمات وأصنافهن سواء أكان تحريمهن من النوع الأول - القطعي - أم كان من النوع الثاني - الظني - فأقول : المحرمات من النساء قسمان : قسم يحرم التزوج به حرمة مؤكدة لا تزول في حالة من الأحوال ، وذلك لأن سبب التحريم فيه ثابت ولازم ، وقسم يحرم التزوج به حرمة مؤقتة تبقى ما دام سببها قائماً ، فإذا زال انتهت الحرمة .

المحرمات على سبيل التأييد^(١)

وهي أنواع ثلاثة :

النوع الأول : المحرمات بسبب النسب ، والمراد به هنا القرابة القريبة ، ويعبر عنها بذي الرحم المحرم .

النوع الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة ، وهي التي تترتب على علاقة الزوجية وما يلحق بها .

النوع الثالث : المحرمات بسبب الرضاع .

النوع الأول : المحرمات بسبب القرابة ، وهي أربع شعب :

١- فروع الرجل من النساء ، وإن نزلن ، فتحرم عليه بنته ، وبنت بنته ، وبنت ابنه ، وهكذا كل فرع يكون جزءاً منه ، أو جزءاً مما يتصل به ، لقوله سبحانه : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم .. ﴾^(٢) . وكلمة البنات تشمل البنات من الصلب وبنات الأولاد وإن نزلن وهذا أمر وارد في اللغة العربية .

٢- أصول الرجل من النساء وإن علون فتحرم عليه أمه وجداته من جهة أبيه ، أو من جهة أمه لقوله سبحانه : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم .. ﴾ . والأم في اللغة : تشمل الأم والجدة .

(١) فتح الممتع ٣٥٧/٢ - ٣٩٠ . تبين الحقائق ١٠١/٢ - ١٠٥٠ ، مدية المجتهد ٣١/٢ - ٣٩ ، ٣٤ .

٥٩ ، ٥٧ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٤ - ٢١٠ ، مفتي الحاج ١٧٤/٣ - ١٩٠ ، المعنى .

٥٦٧ ، ٥٤٣/٦ - ٦٠٥ .

(٢) النساء ، ٢٣ .

٣- فروع أبويه أو أحدهما : وهن أخواته مطلقا شقيقات أو غير شقيقات وبنات أخوته وأخواته ، كذلك وبنات أولاد الإخوة والأخوات ، وهكذا مهما نزلن . لقوله سبحانه : ﴿ وَأَخَوَاتِكُمْ .. ﴾ وقوله أيضا ﴿ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ .. ﴾ . فهذا النص الكريم يدل على تحريم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت والباقي يلحق بهن .

٤- فروع الأجداد والجندات إذا انفصلن بدرجة واحدة . وهن العمات والخالات لا غير ، سواء كن عمات وخالات للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه ، فالعمات والخالات حرام عليه . مهما تكن درجة الجد والجدة . ولكن بنات الأعمام والأخوال والخالات والعمات حلال مهما بعد الجد أو الجدة . إذ المحرم من فروع الأجداد والجندات من ينفصل عن الأصل بدرجة واحدة لقوله سبحانه : ﴿ وَعَمَاتِكُمْ وَخَالَاتِكُمْ .. ﴾ . فهذا يدل على تحريم العمات والخالات . أما الطبقة الثانية أو الغير مباشرة من هذه الفروع فلا تحرم - كما سبق - لدخولهن في مضمون قوله تعالى : ﴿ وَأَحِلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ .. ﴾ ولقوله سبحانه ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ، وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ . وَبَنَاتُ عَمِّكَ ، وَبَنَاتُ عَمَاتِكَ ، وَبَنَاتُ خَالَكَ ، وَبَنَاتُ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ ﴾ ^(١) . وحين يخاطب الله سبحانه وتعالى نبيه - صلى الله عليه وسلم - فهو خطاب لأمته ما لم يكن هناك دليل على الخصوصية . ولا دليل هنا

هذه هي الشعب الأربعة التي تحرم بسبب النسب . وقد سبق أن العقد على

(١) لأحزاب : ٥٠ .

واحدة من هذه الأصناف يكون عقدا على من حرمت على الشخص حرمة مؤبدة فيكون العقد باطلاً .

حكمة تحريم الزواج بهؤلاء :

أراد الإسلام إقامة نظام الأسرة على أساس من الود والحب الخالص الذي لا يكون من أجل مصلحة ما ، فبالتحريم تنقطع الأطماع ، ويكون الإجتماع والاختلاط البرى .

ولا شك أن الزواج بإحدى هؤلاء يؤدي في كثير من الأحيان إلى قطع الرحم بسبب ما يحدث عادة بين الزوجين من نزاع وتخاصم ، ومن المعلوم أن قطع الرحم حرام ، والذي يؤدي إلى الحرام حرام ، كما قال الكاساني ^(١) .

ثم إنه من المعلوم أن الزواج من هذا النوع من القربيات يؤدي إلى ضعف النسل وكذلك الرض ، بعكس الزواج بالأبعد ، حيث يأتي بنسل قوي ، كما ثبت ذلك طبيا . وقد جاء في الأثر "إغثيروا لا تَضُورُوا" ، بمعنى تزوجوا البعيدة حتى لا يأتي النسل ضاويا ، أي هزيلا ضعيفا . ثم إن الفطرة التي فطر الله الناس عليها تدعو إلى هذا التحريم ، لأن هذا ليس مقصورا على الإنسان بل هو موجود بين بعض الحيوانات .

وأخيرا لو كان الزواج مباحا من هؤلاء المحرمات لكان واجبا على الرجل ألا يلتقي بواحدة منهن ، وواضح ما سوف يترتب على هذا من آثار سيئة ، [وقد نصت على هذا التحريم بسبب القرابة المادة (١٠) من مشروع قانون الإمارات ، والمادة - ٢٤ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون .

(١) المباح ٢٠٧/٢ .

النوع الثاني : المحرمات بسبب المصاهرة ، وهي أربع شعب :

١- زوجة الأصل : وهو الأب وإن علا ، سواء كان هذا الأصل من قبل الأب أو من قبل الأم ، وسواء دخل الأصل بالمرأة أو لم يدخل بها . فإذا تزوج الأب أو الجد امرأة ثم طلقها أو مات عنها فلا يحل لأحد من أبنائه وأبنائه أبنائه أن يتزوج بها .
نقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ .. ﴾^(١) .
والآية الكريمة توضح أنه كان في الجاهلية من يتزوج بزوجات الآباء فنهاهم الله عن ذلك وعفا عما قد حصل قبل نزولها .

٢- زوجة الفرع : وهو الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا ، فإنها حرام على الأب والجد وإن علا متى كانت البنوة صلبية وليست بطريق التبني . فزوجة المتبني إذا فارقها أو مات عنها لا تحرم على من تبناه ، فإن الإسلام قد هدم قاعدة التبني التي كانت في الجاهلية وكل ما يترتب عليه من أحكام .

والدليل على حرمة زوجة الفرع قوله سبحانه : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَانِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ... ﴾ بعد قوله سبحانه : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ وهذا واضح الدلالة على تحريم حليلة الابن على آبائه ، والمراد بالحليلة الزوجة . أما اشتراط البنوة الصلبية فهذا دليله قوله سبحانه : ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴾^(٢) .

(١) النساء / ٢٢ .

(٢) الأحزاب / ٢٧ .

فهذه الآية الكريمة توضح أنه - صلى الله عليه وسلم - قد تزوج بأمر الله تعالى بزوجة ابنه من التبني وهو زيد بن حارثة . ليبين للناس أنه لا حرج عليهم في الزواج بزوجات أولادهم من التبني بعد انتهاء الزوجية . لأنهم ليسوا أولادا لهم في الحقيقة والواقع . فلا يأخذون حكم أولادهم من الصلب .

٣- أصل الزوجة : وهي أمها وأم أمها وأم أبيها . وإن علت . سواء أدخل بزوجه أم لم يدخل لقوله سبحانه : ﴿ وأمهات نسائكم .. ﴾ بعد قوله سبحانه : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ... ﴾ فهذا نص على تحريم أصل الزوجة .

وواضح هنا من الآية الكريمة أن التحريم لم يقيد بالدخول فيبقى الأمر على إطلاقه . بمعنى أن أصل الزوجة محرم بمجرد العقد عليها ولو لم يدخل بها . ولهذا قال الفقهاء : (العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات) .

٤- فروع الزوجة : وهن بناتها ، وبنات بناتها . وبنات أبنائها وإن نزلن . لأنهن من بناتها بشرط الدخول بالزوجة لقوله سبحانه : ﴿ وريائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن .. ﴾^(١) . والمراد بالربيبة ، بنت الزوجة من غيره ، وهي محرمة على من دخل بأمها ، فإذا لم يدخل بها - بأمها - فلا تحرم عليه بنص الآية الكريمة : ﴿ فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ .

وجمهور الفقهاء : يعتبرون هذا الحكم في الربيبة مطلقاً ، بمعنى أنها تحرم سواء كانت تربي في بيت زوج الأم وكانت في حجره أو لم تكن كذلك ، لأن الوصف في الآية الكريمة خرج مخرج الغالب ، فإن عادة الناس أن بنت المرأة التي تتزوج من

(١) النساء / ٢٣ .

رجل آخر لوفاة زوجها الأول أو طلاقها تكون مع أمها في بيت الزوج الجديد .

ونذكر الحجر هنا في الآية الكريمة مثل قوله سبحانه : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ... ﴾ ^(١) .

فقد وضحت الآية حكم الرهن في السفر وهو الجواز ، فهل معنى ذلك أن الرهن لا يجوز في الحضر ، مع أنه قد وقع الرهن من النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحضر ، ورهن درعه عند اليهودي - أمر مشهود - من أجل طعام أهل بيته . لهذا كان الحديث عن الرهن في السفر من أجل أن المسافر غالبا ما يحتاج إليه لأسباب منها : عدم وجود الكاتب غالبا في مثل ظروف السفر . وكذلك حاجة المسافرين إلى المعاملات السريعة التي لا تتحمل الانتظار والرهن هو الذي يعالج مثل هذه الأمور وغيرها بالنسبة للمسافر .

وإن كان البعض وهم الظاهرية لا يجيزون الرهن في الحضر إلا بشروط وفي أضيق الحدود ، وهذا ولا شك رأي لا يعول عليه . كما أن رأيهم هنا في الرهبية أنها لا تحرم إلا إذا كانت في حجر الزوج . فإن لم تكن معه - في حجره - فلا تحرم . وهذا - أيضا - رأي ضعيف لا يعول عليه ، ولا يصح العمل به . لأن فيه مخالفة للآية الكريمة ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ اشترطت الآية الدخول - بأمها - فقط ، ولو كان الحجر شرطا لذكرته الآية كذلك وكانت : فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولنس في حجوركم فلا جناح عليكم .

وقد نصت المادة - ١١ - من مشروع الإمارات على هذا النوع من التحريم . وكذلك المادة ٢٥ من مشروع دول مجلس التعاون .

(١) البقرة / ٢٨٣ .

وحكمة التحريم بالمصاهرة : كما أوضح هذا الدهلوي ^(١) : أنه مانع للتنازع والتصارع الذي قد يحدث بين الأقارب من هذا النوع إما بفك ارتباط زوجة بزوجها أو بالتنازع على زوج . كما أن الحكمة في تحريم البعض بمجرد العقد ، إلا البنت التي لا تحرم إلا بالدخول - كما سبق - فإن الإنسان يحب ابنه أو بنته كنفسه بعكس حب الأصل ، فإن الفرع لا يصل إلى هذه المرتبة من الحب ، لذا لا تتألم الأم لو عقد على بنتها بعد العقد عليها ، وهذه حكمة في صالح رأي الجمهور - السابق - .

ما يلحق بحرمة المصاهرة ^(٢) :

أحق الحنفية بالزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا في الحكم بحرمة المصاهرة على الوجه - الذي سبق - ثلاث طوائف أخرى من النساء :

الأولى : المعقود عليها عقدا فاسدا إذا حصل فيه دخول ، فإن الدخول في العقد الفاسد - كما سبق - يترتب عليه بعض أحكام الزواج الصحيح ، ومنها حرمة المصاهرة ، فتحرم المرأة على أصول الرجل وقزوعه كما يحرم عليه أصولها وفروعها .

الثانية : الدخول بها في شبهة ، كامرأة زفت إلى زوج ولم تكن هي المعقود عليها ، فإنه بهذا الدخول تثبت حرمة المصاهرة التي وضحت سابقا .

الثالثة : الزنا - ومعهم الحنابلة - ومثل الزنا عند الأحناف مقدماته من تقبيل ومس بشهوة ، فقالوا : بثبوت حرمة المصاهرة في كل ذلك ، أي بالزنا والمس والنظر ، فإذا مس الزوج يد أمها بشهوة ، وكذلك إذا مس يد ابنتها بشهوة حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة ولو كان ذلك بطريق الخطأ ، وكذلك النظر ، وقالوا : في

(١) حجة الله البالغة ٩٧/٢ .

(٢) البدائع ٢٦٠/٢ ، فتح القدير ٣٦٥/٢ وما بعدها ، المغني ٥٧٧/٦ وما بعدها .

ذلك بأن المس والنظر سبب داع الى الوطه فيقام مقامه احتياطا .

وألحق الحنايلة اللواط بالزنا ، فقالوا : الحرام المحض وهو الزنا يثبت به التحريم ، ولا فرق بين الزنا في القبل والدبر ، لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة ، وإن تلوط بفلام يتعلق به التحريم أيضا ، فيحرم على اللانط أم الفلام وابنته ، وعلى الفلام أم اللانط وابنته ، ويترتب على هذا : أنه يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته ، وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا ، وتحرم أمها وجدتها ، فمن زنى بامرأة حرمت عليه بنتها وأمها ، ولو زنى الزوج بأم زوجته أو ببنتها ، حرمت عليه زوجته على التأبيد .

دليلهم : استدلووا على ذلك بالآتي :

١- ما روي أن رجلا قال : يا رسول الله ، إنني قد زنيت بامرأة في الجاهلية ، أفأنكح ابنتها ؟ قال : (لأرى ذلك ...) ولكن هذا مرسل منقطع ، كما قال ابن الهمام في فتح القدير .

٢- قالوا بأن الزنا سبب للولد ، فيثبت به التحريم قياسا على غير الزنا ، وكون الزنا حراما لا يؤثر ، بدليل أن الدخول بالمرأة بناء على عقد فاسد تثبت به حرمة المصاهرة بالاتفاق ، وإن كان الدخول حراما .

ورد على ذلك : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الزنا يجب به الحد ولا يثبت

به النسب ، بخلاف الوطه في الزواج ، لذا قال الإمام الشافعي لمحمد بن الحسن : (إن الزواج أمر حمدت عليه : والزنا فعل رجمت عليه فكيف يشتبهان ؟) .

وذهب المالكية والشافعية^(١) إلى القول : بأن الزنا والنظر والمسه لا يثبت به حرمة المصاهرة ، فمن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ، ولا الزواج بأمرها أو بنتها ، ولا تحرم الزني بها على أصول الزاني وفروعه ، ولو زنى الرجل بأمر زوجته أو ببنتها لا تحرم عليه زوجته ، وكذلك من باب أولى النظر والمسه ، وإن لاط بفلام لم تحرم عليه أمه وابنته ، ولكن يكره ذلك كله .

دليلهم : استدلووا على ذلك بالآتي :

١- قوله - صلى الله عليه وسلم - (لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان بنكاح)^(٢) . وهذا القول الشريف كان نتيجة لسؤال من أجل رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها . ويؤيد هذا الحديث قوله - صلى الله عليه وسلم - : (الزاني المجلود لا ينكح إلا مثله)^(٣) .

٢- قوله سبحانه : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم .. ﴾ ، فهذا يفيد صراحة حل ما عدا المذكورات قبلها ، وليس الزني بها منهن ، فتدخل في عموم الحل .

٣- دليل عقلي : وهو أن المصاهرة نعمة ، لأنها تلحق الأجانب بالأقارب ، وجاء في الحديث (المصاهرة لحمه كلممة النسب)^(٤) ، وأما الزنا فمحظور شرعا ، فلا يكون سببا للنعمة ، وبالمقارنة بين أدلة الفريقين ، يتضح ضعف أدلة الرأي الأول ، مع قوة أدلة الرأي الثاني ، ثم إن ما ذهب إليه الرأي الأول فيه تشديد على

(١) الشرح الصغير ٣٤٧/٢ ، مفتي المحتاج ١٧٥/٣ ، ٤١٩ ، الفقه الإسلامي وأدلة ١٣٥/٧ . ١٣٦ .

(٢) أخرجه البيهقي عن عائشة وضعفه ، وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر

(٣) رواه أحمد وأبو داود ، وقال في الفتح : رجاله ثقات

(٤) في معناه حديث البخاري (حُرِّمَ من النسب سبع ، ومن الصَّهر سبع) جامع الأصول ١٤٤/١٢

المسلمين وهذا ما يتنافى مع قواعد الشريعة السمحة ، ومبادئها التي رفعت الحرج عن الناس .

ونصت المادة (١٢) من مشروع قانون الامارات على أنه (يحرم على الشخص فرعه من الزنا وإن نزل ولا يثبت تحريم بسبب الزنا سوى ما ذكر) .

وكذلك نصت المادة - ٢٦ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على الآتي : | يحرم على الشخص فرعه من الزنا وإن نزل وكذلك أبنته المنفيسة بلعان | .

التنوع الثالث : المحرمات بسبب الرضاع وهي ثماني طوائف :

أربع من جهة النسب ، وأربع من جهة المصاهرة ، لأن ما يحرم بالرضاع هو ما يحرم بسبب النسب والمصاهرة . ولكن قبل الحديث عن هذه الطوائف : كان ولا بد من بيان الرضاع ، ثم الحديث عن هذه الطوائف ، وأخيرا الحديث عن شروطه :

أولاً : تعريف الرضاع :

الرضاع لغة : هو اسم لص اللبن من الثدي مطلقا سواء في ذلك الإنسان والحيوان الصغير والكبير ^(١) .

وشرعا : هو اسم لحصول لبن امرأة ، أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه ^(٢) ، وقيد به لبن ليخرج ما لو مص من الثدي دما أو قيحا . كما قيد به لبن امرأة ليخرج ثلاثة أمور .

(١) مختار الصحاح ٢٦٥/١ ، المصباح للمصنف ٣١٢/١ .

(٢) مغني المحتاج ٤١٤/٣ ، قليوبي وعميرة ٦٢/٤ .

(أ) الرجل : إذا حدث وكان لرجل لبن - وإن كان هذا بعيداً - فلا تثبت به حرمة على الصحيح ، لأنه ليس معداً للتغذية فلم يتعلق به التحريم مثل غيره من اللامعات ^(١) .

(ب) الخنثى المشكل : والمذهب التوقف حتى البيان ، فإن ظهرت أنوثته حرم وإلا فلا ، أما لو مات قبل البيان لم يثبت التحريم ^(٢) .

(ج) البهيمة : فلو حدث وأن رضع صغيران من شاة أو بقرة لم يثبت بينهما أخوة فتحل مناكحتهما ، لأن الأخوة فرع الأمومة فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع ، ولأنه ليس صالحاً لغذاء الولد مثل لبن الآدميات ^(٣) .

وقد عرفه الأحناف : بأنه مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص ^(٤) . ومعلوم أن الوقت المخصوص هو زمن الرضاعة وسوف يأتي بيان هذا - بمشيئة الله تعالى - تفصيلاً حين الحديث عن الشروط .

ثانياً : الحديث عن هذه الطوائف :

١- أصول الشخص من الرضاع وإن علون : سواء كن من جهة الأب أو جهة الأم . وعلى ذلك يحرم على الشخص أمه رضاعاً وجدته مهما علت ، كما تحرم عليه أم أبيه رضاعاً وأمه وإن علت . والدليل على ذلك قوله سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ^(٥) .

(١) جاء في روضة الطالبين ٤/٩ (نص البويطي أنه إذا نزل لرجل لبن فأرضعته صبي كره له نكاحها)

(٢) المرجع السابق ٣/٩

(٣) مغني المحتاج ١٤٤/٣ ، وروضة الطالبين ٣/٩ .

(٤) البحر الرائق ٣ / ١٣٨ . (٥) النساء / ٢٣ .

٢- فروع الشخص من الرضاع وإن نزلن : أي البنت من الرضاع وينتها ،
وينت الابن وينتها مهما نزلن .

٣- فروع أيويه من الرضاع : وهي الأخوات من الرضاعة وبنات الأخوة
والأخوات من الرضاعة مهما نزلن . والدليل على تحريم هذا النوع قوله سبحانه :
﴿ وَأَخَوَاتِكُم مِّن الرضاعة ﴾ ^(١) .

٤- الفروع المباشرة للجد والجدّة من الرضاع : وهي العمات والخالات
رضاعاً ، والعمة من الرضاعة : هي أخت زوج المرضعة ، والخالة من الرضاعة : هي
أخت المرضعة .

ولا تحرم بنات العمات والأعمام وبنات الخالات والأخوال من الرضاعة ، كما
لا تحرم من النسب .

٥- أم الزوجة وجداتها من الرضاعة مهما علون ، سواء أكان دخول بالزوجة
أم لم يكن .

٦- زوجة الأب والجد من الرضاع ، وإن علا ، سواء دخل الأب والجد بها
أم لم يدخل ، كما يحرم عليه زوجة أبيه من النسب .

٧- زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع ، وإن نزلوا سواء دخل
الابن ونحوه بالزوجة أم لم يدخل ، كما يحرم عليه زوجة أولاده من النسب .

(١) النساء / ٢٣ .

٨- بنت الزوجة من الرضاعة ، وبنيات أولادها مهما نزلن ، إذا كانت الزوجة مدخولا بها فإن لم يكن دخول بها ، فلا تحرم فروعها من الرضاع على الزوج ، كما في النسب . هذه الطوائف جميعها محرمة تحريما مؤبدا لا يزول في حال من الأحوال . وقد ثبت تحريمها بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فهو قوله سبحانه : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ ، وهذا ما سبق ذكره .

وأما السنة : فقوله - صلى الله عليه وسلم - (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) ^(١) .

وأما الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على أن الرضاع محرم في الجملة ^(٢) .

ويستثنى من ذلك صور لا تترتب الحرمة عليها من جهة الرضاع وتترتب عليها من جهة النسب ^(٣) وهي :

١- أم الأخ أو الأخت نمبا يحرم عليه الزواج بها ، لأنها أمّا أمة ، أو زوجة أبيه وكلاهما محرم بقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ ^(٤) ، ولقوله تعالى : ﴿ لا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء ... ﴾ ^(٥) . أما في الرضاع فلا تحرم فلو أن امرأة أجنبية عن الشخص أرضعت أخاه أو أخته ، فإنه في تلك الحالة يجوز

(١) رواه الجماعة عن عائشة ، وفي لفظ آخر [من الولادة] وفي آخر [من الرحم] نيل الأوطار ٣١٧/٦ ، جامع الأصول ١٤٦/١٢ .

(٢) للفي ٥٧١/٦ وما بعدها ، بناية المجتهد ٣٥/٢ .

(٣) نظام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد فهمي السرجاني ص ١٠٣ .

(٤) النساء / ٢٣ . (٥) النساء / ٢٣ .

له التزويج بها لعدم وجود صلة بينهما ، فلو أن حساما رضع من امرأة أجنبية عنه تدعى عليه ، وله أخ يدعى هاني ، فإن هاني يصح له أن يتزوج عليه .

٢- أخت الابن من النسب تحرم على الشخص ، لأنها إما أن تكون بنته أو ابنة زوجته المدخول بها ، وكلتاها لا تحل . أما أخت الابن من الرضاع فيجوز التزويج بها حيث لا توجد علاقة تربطها بالأب .

٣- أم أحفاد الشخص من النسب يحرم عليه التزويج بها ، لأنها إما بنته ، أو زوجة ابنه ، أما أم أحفاده من الرضاع فلا تحرم عليه لانعدام الصلة والعلاقة بينهما ، فلو أن امرأة أجنبية أرضعت بنت بنت الشخص أو بنت ابنه ، فيجوز لهذا الشخص التزويج بها .

٤- جدة الابن في النسب حرام ، لأنها إما أم أو أم الزوجة ، أما في الرضاع فيجوز لعدم الصلة ، أما أخت الأخ فإنه يحل له التزويج بها سواء أكانت من نسب أم رضاع إذا انعدمت العلاقة ، وذلك إذا كانا أخوين لأب ، ولأحدهما أخت لأمه ، أو أخوين لأم ، ولأحدهما أخت لأبيه . وذلك كما لو تزوج محمد بزوجتين إحداهما ثريا ، والأخرى تدعى بسمه ، فأنجب من ثريا ولدا وسماه خالدا ، وأنجب من بسمه ولدا أسماه بكرا . ثم طلقت منه ثريا فتزوجت بآخر يدعى زكريا فأنجب منها بنتا ، فإن هذه البنت يجوز لبكر أن يتزوجها رغم أنها أخت أخيه من النسب ، ومن ثم يصح من الرضاع من باب أولى . ولقد وضع الفقهاء ضابطا لهذا فيقول الشاعر :

أربع هن في الرضاع حلال	وإذا ما نسبتهن حرام
جدة ابن وأخته ثم أم	لأخيه وحافل والسلام
أم عم وعممة وأخ ابن	أم خال وخالة يا همام

وهذه هي بعض الصور التي خالف فيها الرضاع النسب .

ثالثاً : شروط الرضاع المحرم :

١- أن يكون اللبن لإمرأة ، فلو كان اللبن لرجل أو لخنثى ، أو لبن بهيمة :
لم تثبت الحرمة لأن المرضعة هي كل امرأة تحتمل الولادة ، إذا لا حكم للبن الرجل ،
ولا للبن البهيمية ، ولا للبن الميتة^(١) .

أما عند الإمام أحمد ، وهو قول لأبي ثور والأوزاعي وأصحاب الرأي وابن
المنذر ، أنه لا تشترط الحياة بل يحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ، لأن
الإرضاع وجد على وجه يثبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأنبت التحريم كما لو
كانت حية ، ولأنه لا فرق بين شربه في حياتها وموتها ولأن اللبن لا يموت^(٢) .

٢- أن يتحقق وصول اللبن الى معدة الرضيع بطريق منفذ طبيعي (وإن تقاياه
في الحال لوصوله الى محل التغذية ...) والمنفذ الطبيعي هو الفم ويلحق به الأنف لأنهما
الفتحتان الموصلتان للمرىء الذي يوصل الى المعدة . لهذا لو وصل اللبن الى الجسم عن
طريق تطهيره في الأذن ، أو عن طريق جرح غائر ، أو حقن الطفل به ، فلا يترتب
على هذا تحريم ، لأن اللبن لا يصل الى المعدة عن هذه الطرق ، فلا يتغذى به الجسم
ولا يثبت لحما ولا ينشز عظما . وكذلك لو اتقن الطفل الثدي ولم تتأكد من رضاعة لا
تترتب الحرمة على هذا لأن الحرمة لا تثبت بالشك .

(١) المهلب ١٥٧/٢ ، الرجز للنواري ١٠٥/٢ .

(٢) المغني ١٩٨/٩ .

٣- بقاء اللبن على صفاته إذا خلط بغيره : ومعلوم أن صفات اللبن : لونه وطعمه ورائحته . فإذا تم خلط اللبن بغيره ولم تبق له صفاته فلا يترتب على شربه حرمة ، ولا تزول أو تتغير صفات اللبن إلا إذا كان مغلوبا من المائع الذي خلط به ، فإذا كان اللبن غالبا أو مساويا فالتحريم يثبت به لبقاء صفاته .

٤- أن يكون الرضاع في مدته : بمعنى أنه إذا حصل في خلال المدة التي حددها الفقهاء مع توافر الشروط الأخرى ، كان الرضاع محرما .
وللفقهاء آراء في ذلك :

الرأي الأول : وهو لجمهور الفقهاء ، وقدروا المدة بالنسبة له بحولين فقط .
الرأي الثاني : وهو لأبي حنيفة وقدر المدة بحولين ونصف ، وقال أبو يوسف ومحمد بالحولين - قول الجمهور - .

الرأي الثالث : زفر وجعل المدة بالنسبة له ثلاث سنوات .

دليلهم :

دليل الجمهور : استدل الجمهور بالآتي :

(أ) يقول سبحانه : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾^(١) . فالآية الكريمة توضح بأن أقصى مدة للرضاع حولان كاملان ، وهذا يوضح بأن هذه المدة هي تمامه .

(ب) ويقول سبحانه : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها

(١) البقرة / ٢٣٣ .

ووضعت كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا^(١) . ومعلوم عند الفقهاء أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ، فلهذا يكون الفطام في المدة الباقية وهي عامان .

(ج) ويقول - صلى الله عليه وسلم - (لا رضاع إلا ما كان في الحولين)^(٢) . ودلالة الحديث واضحة في أن الرضاع المحرم هو ما كان في الحولين ، فإن زاد على ذلك أي بعد هذه المدة ، فلا يكون محرما .

واستدل أبو حنيفة بقوله سبحانه : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ حيث أن الحمل في الآية الكريمة يحتتمل أن يكون الحمل في البطن ، وعلى الذراع وخلاف ذلك وما دام الأمر كذلك فتكون مدة الانفصال ثلاثين شهرا والتحريم يؤخذ فيه بالاحتياط ، ومن أجل ذلك كان ولا بد من التوسع في المدة التي يترتب على الإرضاع فيها التحريم . أما ذكر الحولين في آية الرضاع فقد فسرهما الحنفية ، بأنها أقصى مدة تأخذ المرضعة فيها أجرا على الإرضاع .

واستدل زفر على ما ذهب إليه ، من جعله مدة الرضاع ثلاثة أعوام بقوله : أنه لا بد من مدة تزيد على هذين الحولين ، وذلك من أجل أن يتعود الطفل على غير اللبن ، وقد تدرت المدة بسنة على سبيل الاحتياط .

الراجح : والذي اعتقده أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلته .

(١) الأحقاف / ١٥ .

(٢) نيل الأوطار ٦/ ٣١٥ .

٥- مقدار الرضاع : اختلف الفقهاء في هذا الشرط ، على ثلاثة أقوال :

الأول : وهو ما ذهب إليه الشافعية ^(١) والراجح عند الحنابلة : بأن التحريم بسبب الرضاع لا يثبت إلا بخمس رضعات متفرقات ، وقد استدلوا على ذلك بالآتي :

أ - ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت : [كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمهن ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهن فيما يقرأ من القرآن] ^(٢) .

وجه الدلالة : إن العدول من العشرة إلى الخمسة دليل واضح أن الحد الفاصل بين التحليل والتحريم هو هذا العدد - الخمس - .

ب - ثم إن علة التحريم بسبب الرضاع أن جسم الإنسان قد تكون من لبن الرضعة وبذلك صارت أم له ، بمعنى أنه أصبح جزءاً منها يؤيد ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - [لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم] وهذا لا يتحقق إلا برضاع يوم كامل ، وما يحتاج إليه الطفل على امتداد اليوم هن خمس رضعات ^(٣) .

وبناء على ذلك فإن كان أقل من خمس رضعات فإنه لا يثبت به التحريم .

قال ابن تيمية ^(٤) : والتقيد بالخمس له أصول كثيرة في الشريعة .

فإن الإسلام بني على خمس ، والصلوات المفروضة خمس ، وليس فيما دون

(١) المهذب ٢/ ١٥٧ .

(٢) صحيح مسلم ٦٣١/٣ ، وسنن أبي حنود ٢٢٣/٣ .

(٣) نظام الأسرة ١ . د / محمد فهمي السرجاني / ١٠٨ .

(٤) مجموع الفتاوى ٤٤/٣٤ .

خمس صدقة ، وأنواع البر خمسة كما قال سبحانه ﴿ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبیین﴾^(١) .

الثاني : وهو ما ذهب إليه جماعة منهم ، أبو ثور وداود وابن المنذر وهو رواية عن الإمام أحمد ، من أن التحريم يتم بثلاث رضعات فأكثر .

ودليلهم : فقد استدلوا على ذلك :

(أ) بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : (لا تحرم المصاة ولا المصتان) .

(ب) وما روي من أن رجلاً سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - : أتحرم المصاة ؟ فقال : (لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصاة والمصتان) . وفي رواية أخرى (لا تحرم الإملجة ولا الإملجتان) .

وجه الدلالة : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أخبر بأن المصاة والمصتين وبأن الرضعة والرضعتين كذلك لا يثبت بها حكم الرضاع الموجب للتحريم ، فيكون مفهوماً ذلك أن الثلاث فما فوقها تحرم .

الثالث : وذهب الحنفية ، والمالكية ومعهم علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم إلى القول : بأن الرضاع قليله وكثيره يحرم .

ودليلهم : استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والقياس :-

أما الكتاب : فقلوه سبحانه : ﴿وأماحكم اللآتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾^(٢) .

(٢) النساء / ٢٣ . .

(١) البقرة / ١٧٧ .

وجه الدلالة : من الآية : أنها عامة مطلقة ولم تقيد بقيد ، فتبقى على إطلاقها بمعنى أنه متى وُجد الرضاع بقليل أو كثير ثبتت الحرمة .

وأما السنة : فقولہ - صلى الله عليه وسلم - : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)^(١) . والحديث الشريف جاء موافقا للآية من حيث الإطلاق .

وأما القياس : فقد قاسوا الرضاع على الجماع ، بجامع أن كلا منهما يحرم ، فكما أن الجماع يحرم سواء كان هذا الجماع قد تكرر أم لا ، فكذلك الرضاع يترتب عليه التحريم سواء كان قليلا أو كثيرا . وكذلك فإن إنشاز العظم ، وإنبات اللحم يحصل بقليله وكثيره إذ كل واصل إلى الجوف يحمل قسطه من التغذية .

الراجع : والراجح هو ما ذهب إليه الرأي الأول لما فيه من التيسير على العباد بجعل الرضاع المحرم خمس رضاعات ثم إن الرأي الذي يقول بثلاث رضاعات فدليله مفهوم الأحاديث التي نصت على عدم التحريم بالرضعة والرضعتين وهذا يتعارض مع مفهوم أحاديث الخمس رضاعات ، وبهذا قد تعارضا فتساقطا ولم يبق إلا حمل المطلق في القرآن والسنة على الخمس الواردة في الأحاديث^(٢) ، ونصت المادة (١٣) من مشروع قانون الإمارات :

١- [يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا من قبل المرضع] .

٢- [ولا تثبت حرمان المصاهرة عن طريق الرضاع] .

(١) نيل الأوطار ٣١٧/٦ .

(٢) نيل الأوطار ٣١٣/٦ .

ونصت المادة - ٢٧ - من مشروع دول مجلس التعاون على الآتي : | يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إذا وقع الرضاع في العامين الأولين [.

ما يثبت به الرضاع :

إذا كان الرضاع معروفا ومعلوما بين الناس فإن التحريم به ثابت لا يحتاج إلى دليل يثبته .

أما إذا لم يكن معروفا فإنه في هذه الحالة في حاجة إلى دليل . والمثبت له أحد أمرين الإقرار أو البينة .

الإقرار : وهو يكون باعتراف الطرفين - الرجل والمرأة - أو يكون من أحدهما . وتفصيل هذا :

أن يقر شخص بأن هذه المرأة أخته من الرضاع فإن صدقته في هذا الإقرار ثبتت الحرمة بينهما مطلقا سواء كان هذا الإقرار قبل الزواج أو بعده ، فإن كان قبله لا يحل لهما الإقدام على الزواج ، وإن كان بعده وجب عليهما الانفصال وإلا فرق القاضي بينهما . ومثل ذلك ما إذا كانت المرأة هي التي بدأت بالإقرار وصدقها الرجل ، وإذا كان الافتراق قبل الدخول فالمرأة هنا لاشيء لها من المهر ، أما إذا كان بعد الدخول فإنه يجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل . ولا تجب لها نفقة في عدتها ولا سكنى .

أما إذا كان المقرر هو الرجل وقامت المرأة بتكذيبه ثبت التحريم أيضا لذا لا يحل له أن يقدم على زواجها إن كان هذا الإقرار قبل الزواج فإن كان بعده وجب أن يفارقها ، فإن لم يتم هذا فرق القاضي بينهما . وإذا افترقا قبل الدخول وجب لهما

نصف المهر ، وإن كان بعده وجب لها كل المهر المسمى ولها النفقة والسكنى فسي
العدة ، لأن إقراره حجة قاصرة عليه لهذا لايتعدى إلى حقوق المرأة بالإبطال ، وإذا
رجع عن إقراره قبل منه هذا الرجوع مالم يكن قد أكد إقراره .

وإذا كان الإقرار من جانبها وكذبها الرجل وكان قبل الزواج فإن ثبتت على
إقرارها ولم ترجع عنه فلا يجوز لها أن تتزوجه ، وإن رجعت عن إقرارها جاز لها
التزوج منه .

أما إذا كان إقرارها بعد الزواج وكذبها الرجل فلا يلتفت إلى هذا الإقرار وإن
أصرت عليه ، لأنها متهمة في ذلك الإقرار لاحتمال أنها فعلت ذلك للتخلص من هذا
الزواج . بخلاف إقراره حيث لاثمة فيه ، لأنه يملك التخلص عن طريق الطلاق .

لهذا قرر الفقهاء أن الزوجة تصدق في إقرارها بعد الزواج إذا كانت العصة
بيدها حيث تستطيع أن تتخلص بالطلاق .

أما البينة : فهي موضع اتفاق بين الفقهاء بالنسبة لإثبات الرضاع بها ولكنهم
اختلفوا في مقدارها .

الحنفية : ذهب الحنفية إلى القول : بأنه لا يثبت إلا ببينة كاملة شهادة
رجلين أو رجل واحد وامرأتين كسائر الحقوق ، لأنه يترتب عليه حقوق مالية
وغيرها ، وهو ما يحتاج إلى تمام البينة .

ويؤيد ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل أنها
أرضعتها فقال : لاحتي يشهد رجلان أو رجل وامرأتان . وكان ذلك بمحض من
الصحابة ولم ينكر عليه أحد .

ومن الفقهاء من يرى أنه يكفي في إثباته شهادة النساء وحدهن ، لأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال فيختص بشهادة النساء ، ومن هؤلاء من يكتفي بشهادة امرأة واحدة إذا كانت مشهورة بالصدق والعدالة . ومنهم من يشترط العدد بأربعة من النسوة أو باثنتين على الأقل .

والحقيقة أن قولهم بأنه أمر لا يطلع عليه الرجال غير مسلم به لأن المحارم من الرجال يطلعون على هذا ولا حرج فيه . وبعد الافتراق أو التفريق يجب ما يجب بالنسبة لكل عقد فاسد . بمعنى أنه لا شيء لها قبل الدخول ، أما بعده فيجب لها مهر المثل إن لم يكن هناك مهر مسمى ، أو الأقل منه ومن المسمى إذا كان سمي لها مهراً ، لأن المسمى إن كان هو الأقل فقد رضيت به فلا يزداد عليه ، وإن كان مهر المثل هو الأقل فهو الواجب الأصلي في كل زواج فاسد ولا يعدل عنه إلا بمقتضى ، وإذا لم تصح البينة بأن نقص العدد أو كان الشهود غير عدول فإنه لا اعتبار لها في القضاء بمعنى أن القاضي لا يملك التفريق بينهما^(١) .

حكمة التحريم بالرضاع :

يحدث التحريم بالرضاع بسبب تكون أجزاء البنية الإنسانية من اللبن ، فلبن المرأة ينبت لحم الرضيع ، وينشز عظمه أي يكبر حجمه ، كما جاء في الحديث : (لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم) .

فإن إنشاز العظم وإنبات اللحم ، إنما يكون لمن كان غذاؤه اللبن ، وبه تصبح الرضعة أما للرضيع ، لأنه جزء منها حقيقة ، ويصبح أولاد الرضع أخوة له ، وبهذا رفع الإسلام من شأن المرأة الموضع حتى وضعها في مرتبة الأمهات .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ١ . د / محمد علي ص ٢١٨ - ٢٢١ .

المحرمات على سبيل التأكيد

بعد الإنتهاء من الكلام عن الرضاع المحرم يكون الحديث عن المحرمات على سبيل التأييد قد انتهى ، لذلك سوف يكون الحديث - بمشيئة الله تعالى - على التحريم المؤقت وهو الذي يزول بزوال سببه وهن أصناف كثيرة ، أذكر منها الآتي :

١- زوجة الغير أو معتدته : فلا يصح للرجل أن يتزوج من امرأة غيره ولا من مطلقة الغير التي لا تزال في العدة ، لقوله تعالى : ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾^(١) . فإن المراد بالمحصنات هنا المتزوجات ، وقد استثنت هذه الآية المملوكات بملك اليمين وهن المسييات في الحرب ، وقد كن متزوجات ، إذا وقع السبي عليهن وحدهن من غير الأزواج ، فالمرأة ذات الزوج في دار الحرب إذا سبيت وحدها فقد وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب اختلاف الدار فيحل التزوج بها . وقوله سبحانه : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾^(٢) ، وقوله سبحانه : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾^(٣) . فلا يحل لأحد غير من فارق المعتدة أن يعقد عليها ما دامت لم تنقض عدتها ، لتعلق حق الغير بها أيضا ، فإن بعض أحكام النكاح لا تزال قائمة حينئذ ، وما دام المانع من تزوج المعتدة هو حق الغير فيجوز لمن فارق المرأة أن يتزوجها وهي معتدة منه ، سواء كانت معتدة من طلاق ، أو عدة فرقة بعد الدخول بناء على نكاح فاسد أو شبهة .

(٢) البقرة / ٢٢٨

(١) النساء / ٢٤ .

(٣) البقرة / ٢٣٤ .

٢- المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها : فلا يحل لهذا المطلق أن يعقد عليها حتى تنقضي عدتها وتتزوج بآخر زواجا صحيحا شرعيا ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه ، لقوله سبحانه ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا - أي الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾^(١) .

ووضح ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للسائلة التي أرادت أن ترجع لزوجها الأول قبل أن يدخل عليها الزوج الثاني لقوله (لا ، حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك)^(٢) .

٣- من لا تدين بدين سماوي : لا يحل للمسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول ، ولا كتاب إلهي ، بأن تكون مشركة تعبد غير الله كالوثنية التي تعبد الأصنام ، أو المجوسية عابدة النار أو البوذية أو الإبراهيمية وغير هذه الطوائف لقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّى تُؤْمِنَ ، وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ﴾^(٣) . وقوله - عليه الصلاة والسلام : (سنوا بهن سنة أهل الكتاب غير ناكحي نساءهم ولا آكلي ذبائحهم) .

وحكمة التحريم : أن بين المسلم والمشركة تناقضا وتنافرا واختلافا شاسعا في العقيدة ، من شأنه أن يحول دون تحقيق ما ينشده الزواج من السكن والمسودة والرحمة ، وكيف يتم ذلك والله سبحانه يقول : ﴿ أُولَئِكَ يَدْعُو إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْغَفْرِ بِأَنَّهُ ﴾ .

(١) البقرة / ٢٣٠ .

(٢) البخاري ومسلم ٦٠٦/٣ ، فتح الباري ٢٨٢/١١ .

(٣) البقرة / ٢٢١ .

٤- الجمع بين محرمين : يحرم على المسلم ابتداءً ودواماً أن يجمع بين امرأتين محرمين ، والمراد بمحرمين : كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، بحيث لو فرضت إحداهما ذكراً حرمت على الأخرى ، وذلك كالأختين ، فإننا لو فرضنا إحداهما ذكراً لا تحل للأخرى . كذلك يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها ، لقوله سبحانه : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ . ولقوله - صلى الله عليه وسلم - (لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها ، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)^(١) .

٥- الجمع بين أكثر من أربع نساء : فلا يصح للرجل أن يتزوج خامسة وفي عصمته أربع حتى يفارق إحداهن وتنتهي عدتها لقوله تعالى : ﴿ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثَلَاثَ وَرِبَاعَ ... ﴾^(٢) ، والنكاح في العدة قائم حكماً .

والمالكية والشافعية يبيحون زواج الخامسة بعد الافتراق من الرابعة بطلاق بائن ، لأنهم يعتبرون النكاح منقطعاً بالطلاق البائن . وكذلك ما روي عن نوفل بن معاوية أسلم وتحته خمس نسوة فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - : (أمسك أربعاً وفارق الأخرى)^(٣) .

وقد خالف في ذلك بعض الشيعة^(٤) ، فقد أجازوا الجمع بين تسع زوجات اجنبيات في وقت واحد ، وذلك على اعتبار الجمع في الآية لا التخيير ، فقوله سبحانه : ﴿ مِثْنَى وَثَلَاثَ وَرِبَاعَ ﴾ مجموعها تسع لا أربع ، ولكن الجمهور يعتبرون التخيير في الآية ويكون المعنى حينئذ : أن لكل شخص أن يتزوج حسب حاجته في

(١) نيل الأوطار ١٤٦/٦ . (٢) النساء ٣/ .
(٣) نيل الأوطار ١٤٩/٦ . (٤) نيل الأوطار ١٠٥/٦ .

حدود هذا العدد أي الأربعة .

وأبعد من هذا مذهب إليه أهل الظاهر من أنه يجوز الجمع بين ثماني عشرة زوجة متكلفين في تفسير الآية حيث قالوا : إن مثنى معناها اثنين اثنين وكذلك ثلاث ورباع وهي معطوفة بالواو المفيدة للجمع ومجموعها ثماني عشرة .

ولاشك أن كلا من التفسيرين يخرج الآية عن الأسلوب العربي الفصيح وأيضا فهم مخالفين للسنة الصحيحة والإجماع العملي للصحابة ، ثم إن الأسلوب العربي إذا قال أحد الناس وزع هذا المال على المحتاجين درهمين درهمين وثلاثة وثلاثة وأربعة أربعة فهو لا يريد إعطاء كل محتاج ثماني عشرة ولكنه يريد إعطاء البعض درهمين والبعض الآخر ثلاثة ، والبعض الآخر أربعة ^(١) .

وقد نصت المادة - ١٥ - من مشروع قانون الإمارات بأنه (لا يتعقد زواج الرجل بزوجة الغير أو بمعتمدته) .

وكذلك المادة - ١٨ - منه : (لا يصح أن يتزوج الرجل مطلقة طلقه ثلاثة إلا بعد إنقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلا في زواج صحيح) . ونصت المادة (١٤) منه على الآتي : [لا يتعقد :

(أ) زواج المسلم بمن لا تدين بدين سماوي .

(ب) زواج المسلمة بغير المسلم أو بحديث الاسلام مع قيام أمارات كذبه .

(ج) زواج المرتد عن الاسلام أو المرتدة ولو كان الطرف الآخر غير مسلم .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد علي ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

ونصت المادة -١٧- بما يأتي : [لا يصح أن يجتمع في عصمة رجل أكثر من أربع زوجات ، وتعتبر في العصمة من طلقت حتى تنتهي عدتها] .
ونص مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون في المادة - ٢٩ - في فقراتها من ١ إلى ٨ على المحرمات بصورة مؤقتة .

تعدد الزوجات :

لقد أباح الإسلام تعدد الزوجات إذا توافرت فيه الشروط التي تجعل من التعدد فعلا ، لا إثم فيه ولا حرج فيه ، لمن كان في حاجة إليه ، وليس هذا بدعا من الإسلام ، فقد جاء الإسلام والتعدد أمر واقع في كثير من البلاد وبين كثير من الأمم ، وقد اقرته الأديان السابقة على الاسلام .

ولكن التعدد قبل الإسلام ما كان يقتصر على أربع كما هو الحال في الاسلام ، وإنما كان للرجل أن يتزوج ما شاء من النساء بدون التقيد بعدد ، وكان هذا ولا شك فيه ظلم كبير للنساء ، حيث أن الرجل لا يستطيع أن يفي بمطالب الزوجات الكثيرات ، فكانت العظمة في قوله سبحانه : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ . وقد جعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - هذه الآية مناهجا عمليا حين أمر أحد الأصحاب أن يفارق ما زاد عن الأربع . وإمعانا في تحقيق هذا السلوك التويم شرط الإسلام شروطا ، لمن أراد أن يعدد ، وهذه الشروط تنحصر في شرطين :

١- العدل بين الزوجات : وهذا القيد دللت عليه الآية الكريمة : ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾ وجاءت هذه الآية بعد قوله سبحانه : ﴿ فانكحوا ما

طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴿ . والمعنى كما ذكره المفسرون : هو إباحة التعدد لمن كان عادلا ، أي واثقا من عدله ، أما إذا كان يعلم أو يظن أنه سوف يكون ظالما إن تزوج بأكثر من واحدة ، فلا يحل له شرعا أن يعدد الزوجات ، وقد سبق هذا الشرط بالنسبة للزوجة الواحدة ، فمن باب أول أن يكون هنا بالنسبة للتعدد .

ومعلوم أن العدل المطلوب هنا - في حالة التعدد - هو العدل الذي يقدر عليه الإنسان ، وهو الذي يكون في الأمور المكنة وهي البيت ، والمساواة في الإنفاق والعاملة ، أما العدل في الأمور القلبية فهذا أمر لا يستطيعه الإنسان ولا يقدر عليه ، لأن القلوب بيد الله سبحانه ولقد صدق الله العظيم : ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة ﴾ ^(١) .

ولقد بين الرسول - صلى الله عليه وسلم - هذا المعنى الجليل في الحديث : عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقسم بين نسائه ويعدل ويقول : (اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك) ^(٢) .

وبهذا يوضح لنا الرسول - صلى الله عليه وسلم - العدل الذي يستطيع الإنسان أن يقوم به وهو ما كان في الأمور المستطاعة والمشار إليها سابقا ، أما ما كان من الأمور التي لا يستطيع الإنسان السيطرة عليها ، وهي المشار إليها في الحديث الأخير فهذا قدر معنى عنه لأن الله سبحانه ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾ ^(٣) .

(١) النساء / ١٢٤ .

(٢) سبل السلام ٣ / ١٩٤ .

(٣) البقرة / ٢٨٦ .

ولهذا حذر الحبيب - صلى الله عليه وسلم - الذين لا يعدلون - العدل المستطاع - بقوله : (من كانت له امرأتان فمال إلى أحدهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل) ^(١) .

٢- القدرة على الإنفاق : فإذا كان الإنسان قادرا على أن ينفق على أكثر من زوجة ووثاقا من نفسه العدل ، كان من حقه أن يعدد ، وإلا فلا يباح له التعدد ، وقد سبق أن كلا من الشرطين مطلوب حتى ولو كان الإنسان يريد الزواج بواحدة ، فكان من باب أولى أن يكون هذا عند حالة التعدد . ولكن ماذا يكون إذا عدد الشخص دون أن يتوفر الشرطان أو أحدهما ، لا شك أن العقد يكون صحيحا ، لأن الشرطين المذكورين ليسا من شروط الصحة ، ولكن يكون الشخص هنا أمثا وسوف يحاسب على هذا يوما .

ويعد هذا البيان للتعدد في الاسلام ، يتضح لنا أن الشريعة الغراء كانت في هذا الأمر وسطا - وهذا هو الشأن دائما - فلم يطلق التعدد دون تحديد للعدد كما كان قبل الاسلام ، ولم يكن هناك اقتصار على الزوجة الواحدة ، بمعنى أن يمنع التعدد منعاً باتاً .

ولا شك أن فتح الباب للتعدد دون تحديد فيه من الإضرار الكثير منها على سبيل المثال : أن الإنسان ذو قدرة محدودة ، فلو عدد دون التقيد بالعدد - وما أكثر النفوس المنحرفة - لأدى ذلك في كثير من الأحيان الى الظلم ، أي ظلم المرأة وكيف يستطيع الإنسان أن يوفي بما عليه من حقوق لنساء كثر عددهن دون تحديد . ثم إذا ما أغلق باب التعدد أدى ذلك - أيضا - إلى مشقة في بعض الأحيان لرجال لا يريدون

(١) سبل السلام ٣/ ١٩٥ .

الانحراف والوقوع في الفاحشة . إنه الإسلام العدل الرحيم بالخلق جميعا رجالهم ونساؤهم .

حكمة التعدد :

معلوم أن التعدد أمر مباح لم توجهه الشريعة الاسلامية ولم تأمر به ، وإنما يلجأ إليه من كان في حاجة إليه ، وهذه الحاجة إما تكون عامة ، وإما أن تكون خاصة .

الحاجة العامة : منها معالجة قلة الرجال وكثرة النساء ، سواء كان هذا في الأحوال العادية بزيادة نسبة النساء ، كشمال أوروبا ، أم كان هذا في أعقاب حروب تحصد الرجال ، مثل ما حدث في ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى ، حيث أصبحت نسبة النساء للرجال واحدا إلى أربعة أو إلى ستة ، فما كان من النساء الألمانيات إلا أن قمن بمظاهرات يطالبن بالأخذ بنظام التعدد بعد أن قتلت الحرب معظم الرجال الألمان ، وبعد أن كثر اللقطاء في الشوارع والحدائق العامة .

وهنا يصبح نظام التعدد ضرورة اجتماعية وأخلاقية تقتضيها المصلحة العامة والرحمة كذلك ، وأي مصلحة أفضل من صيانة النساء عن التبدل والانحراف ، وكذلك صيانة المجتمع من الإصابة بالأمراض الخطيرة ، وما يحدث الآن وما يقع من أمراض عجز الطب أن يجد لها دواء أكبر شاهد على ذلك . ما أعظم الإسلام !! .

ومن الأسباب العامة كذلك : احتياج الأمة أحيانا الى زيادة نسلها لخوض الحروب والمعارك ضد الأعداء ، أو لحاجة الزراعة والصناعة وغيرها . ومعلوم أن اليهودية قد أباحت التعدد ، ولم يرد في المسيحية نص يمنع ، وأذنت به الكنيسة في عصرنا للأفارقة المسيحيين .

وأما الحاجة الخاصة فكثيرة منها :

١- عقم المرأة أو مرضها : فقد تكون المرأة عقيما لا تلد ، أو أن يكون بها مرض منفر للزوج ، فهل يكون من الأفضل أن يضم إليها أخرى ، حتى تنجب له الولد ويستطيع أن يعاشرها معاشرة الأزواج أم أن تطلق وتصبح بلا عائل يرعى مصالحها وأحوالها .

٢- القدرة الجنسية لبعض الرجال : الرجال يختلفون بالنسبة لهذا الأمر ، فهناك من يكون ذا طاقة جنسية كبيرة عالية ، لا تشبع رغبته امرأة واحدة ، إما لكراهيتها للاتصال الجنسي - هذا عند بعض النساء ، وكذلك بعض الرجال - أو لأن عاداتها الشهرية تطول وكذلك نفاسها ، فيكون الحل الأمثل هنا التعدد حتى يعف الرجل ولا يقع في الرذيلة ، فهذه هي بعض الحاجات الخاصة التي تدعو الى التعدد وكذلك العامة . ولكن قد قال البعض بأن التعدد قد يؤدي الى فساد للأسرة بسبب التحاسد والتنافر بين الضرائر ، وكذلك تشريد الأولاد .

والحق أنه لو حدث مثل هذا فلن يعود الى التعدد ، ولكنه يعود الى ضعف القيادة - الرجل - وعدم الالتزام بقواعد الشرع وما يوجبه عليه من عدل في البيت وغيره مما تتطلبه الحياة الزوجية ، وكذلك عدم العناية بالأولاد ورعايتهم كما وضع الإسلام هذا . ثم إن التنافر ليس له وجود إلا بين الضرائر ، ولكنه ربما يوجد بين الزوجة الواحدة وغيرها من نساء أهل الزوج كالأم مثلا ، أو الأخت .

التعدد والقضاء :

لقد أشرت فيما سبق إلى بعض محاسن التعدد - وهناك الكثير الذي يحتاج إلى بحث وحده للحديث عنه بالنسبة لمحاسن هذا التعدد وغاياته - ورغم هذا فقد وجد من ينادي بمنع التعدد وجعله بيد القاضي ، وبهذا يضيف شروطا جديدة فوق ما اشترطه الشرع الحنيف ، وهذا أمر لا يجوز شرعا ، بل هو مرفوض تماما ، وذلك للأسباب الآتية :

١- إن الله سبحانه أناط بالراغب في التعدد بتحقيق شرطيهِ - المشار إليهما سابقا - وهما العدل ، والقدرة على الإنفاق ، يقول سبحانه : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ ﴾ فإن الخطاب هنا للراغب في الزواج والتعدد ، وكذلك لم يرد عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وكذلك الصحابة من يعده ، أنه سأل أحداً عن قدرته بالنسبة للعدل أو الإنفاق قبل أن يعدد ولو حدث هذا لنقل إلينا ، فكان هذا إجماعاً من عهده - صلى الله عليه وسلم - إلى عصرنا هذا ، أن التعدد إنما هو مباح بالشرطين المذكورين وليس لأحد - مهما كان ولو قاضيا - أن يخالف هذا .

٢- يقال بأن القاضي سوف يتولى تحقيق شرطي التعدد ، وأقول كيف هذا ؟ إذا استطاع أن يتحقق من يسار الزوج ، فكيف بالله يستطيع أن يتحقق من عدله وعدمه ؟ وهو أمر مستقبلي لا يعلم حقيقته إلا رب العباد ، ثم إن مثل هذه الأمور ، أي حاجة الإنسان إلى التعدد - الحاجات الخاصة - أمور شخصية كثير من الناس لا يحب أن يطلع عليها أحد لما فيها من الأسرار والخفايا التي لا يباح لكثير من الناس الاطلاع عليها .

٣- إن نسبة التعدد في البلاد العربية والإسلامية ليست بالكثرة التي تخيف ،
وخصوصا في عصرنا هذا التي أصبحت تكاليف الزواج فيه باهظة ومتطلباته متنوعة ،
بل أصبح الحصول على الزوجة الواحدة لكثير من الشباب ليس بالأمر اليسير ، فعلا
هذه الضجة كلها ^(١) .

وأستطيع أن أقول بأنه ليس من حق أحد أن يطالب بمثل هذا ، بعد مناقشة
هذا الموضوع في مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر الشريف في المؤتمر الثاني الذي عقد
بالقاهرة في مايو سنة ١٩٦٥ وصدر فيه قرار جماعي من علماء العالم الإسلامي ونصه :
(يقرر المؤتمر أن تعدد الزوجات مباح بصريح نصوص القرآن الكريم بالقيود الواردة
فيه ، وأن ممارسة هذا الحق متروكة إلى تقدير الزوج ولا يحتاج في ذلك إلى إذن
القاضي) . ولهذا جاء مشروع قانون الإمارات خاليا من أي قيود بالنسبة للتعدد .

وجاء نص المادة - ١٧ - : [بأنه لا يحص أن يجمع في عصمة رجل أكثر من
أربع زوجات ، وتعتبر في العصمة من طلقت حتى تنتهي عدتها] .

ونص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ٢٩ - في الفقرة ٢ أنه يحرم
الجمع بين أكثر من أربع نسوة ولو كانت أحداهن في العدة .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٢ . د / وهبه الزحيلي ٧ / ١٦٨ - ١٧٣ .

المبحث السابع في الولاية والوكالة والكفاءة

فيما سبق اتضح لنا أن من شروط نفاذ عقد الزواج ، ألا يكون العاقد قسوليا ، بمعنى أن يكون العاقد أصيلا يعقد لنفسه ، أو أن يكون نائبا عن غيره بإنابة الشارع له سبحانه وتعالى ، أو أن يكون وكيلا في إنشاء هذا العقد عن صاحب الشأن فيه . وهذه الأمور الثلاثة هي التي تسمى ولاية الإنشاء ، فإذا ما تحققت هذه الولاية كان العقد صحيحا نافذا ، وإذا لم تتحقق كان العقد صحيحا غير نافذ عند الحنفية ، وكان باطلا عند الشافعية ومن معهم .

وكذلك اتضح لنا أن من شروط اللزوم أن تزوج المرأة البالغة العاقلة نفسها من كفء ، وإلا كان غير لازم ، بمعنى أن يكون للأولياء حق طلب الفسخ ، ولا يكون العقد لازما في حقهم . وحين أناب الشارع بعض الأقارب بهذا العقد ، كانت ولاية ، أما إذا أناب الشخص غيره في هذا ، كانت وكالة ، ولكل منهما أحكام ، وكذلك الكفالة أذكرها فيما يأتي :

أولاً : الولاية في الزواج :

الولاية لغة : بكسر الواو ، وفتحها - المحبة والنصرة ، يقول سبحانه : ﴿ ومن يتول الله ورسوله ، والذين آمنوا ، فإن حزب الله هم الغالبون ﴾ ^(١) . وقوله سبحانه : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ ^(٢) . وكذلك تكون بمعنى القدرة والسلطان ، يقال : (الوالي) أي صاحب السلطان .

(١) المائدة / ٥٦ .

(٢) التوبة / ٧١ .

واصطلاحاً : سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود ، وترتب آثارها عليه دون توقف على إجازة أحد . ومعلوم أن الولاية في الزواج مبنية على أن عقد الزواج يشترك في مفاخره أو معايبه جميع الأسرة ، لذا وكل أمرها إلى العصابات من أهل الزوجين .

وذهب الحنفية إلى تقسيمها - الولاية على النفس - إلى نوعين :

١- ولاية إجبار : وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه ، وهي التي تعتبر ولاية كاملة .

٢- ولاية اختيار أو نذب : وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه . بل لا بد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج ، ويتولى الولي عقد الزواج .

شروط الولي :^(١)

١- أن يكون كامل الأهلية : بمعنى أن يكون بالفا عاقلاً حراً ، فلا تصح ولاية الصبي والمجنون والمعتوه - ضعيف العقل - والسكران ، ومختل النظر بهرم أو خبل ، وهو ما يعبر عنه عند الحنفية بقولهم : ألا يشتهر الولي بسوء الاختيار ، وكذلك الرقيق . أما اشتراط البلوغ والعقل ، فلأن الولاية تحتاج إلى النظر وهؤلاء لا نظر عندهم ، لفقد العقل أو اختلاله ، فلا يعول على رأيهم . وكذلك المعتوه ومختل النظر فلنفس العلة هذه . وأما كونه حراً : لأن ولاية الرقيق لا تصح ، لأنه لا يستقل بالولاية على نفسه فمن باب أولى أن لا يكون ولياً على غيره ، ثم إنه مشغول بخدمة سيده فلا وقت عنده للنظر في مصالح الغير .

(١) البائع ٢/٢٣٩ ، الشرح الصغير ٢/٣٦٩ وما بعدها ، مغني المحتاج ٣/١٥٤ وما بعدها ، المهذب ٢/٣٦١ ، كشف القناع ٥/٥٥٠ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/١٩٥ - ١٩٨ .

٢- إتفاق دين الولي والمولى عليه : فلا تصح ولاية غير المسلم على المسلم ، ولا للمسلم على غير المسلم ، بمعنى أنه لا يزوج عند الحنفية والحنابلة كافر مسلعة ولا عكسه ، وقال الشافعية وغيرهم ، يزوج الكافر الكافرة ، سواء أكان زوج الكافرة كافراً أم مسلماً ، وقال المالكية : يزوج الكافرة الكتابية مسلم . ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر ، لقوله سبحانه : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ ﴾^(١) ، وقوله سبحانه : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ ﴾^(٢) وقوله سبحانه : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾^(٣) ، ولقوله - صلى الله عليه وسلم - (الإسلام يعلو ولا يعلى)^(٤) ، والسبب في اشتراط اتحاد الدين : هو اتحاد وجهه النظر في تحقيق المصلحة ، ثم إن في إثبات الولاية على المسلم من جهة الكافر إشعاراً بالإذلال ، أي بإذلال المسلم .

٣- الذكورة : اشترط غير الحنفية هذا الشرط ، لأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فلا تكون لها ولاية على غيرها من باب أولى . والحنفية يجوزون ذلك لأن على مذهبهم يصح للبالغة العاقلة الرشيدة الحرة أن تزوج نفسها ، وأن تزوج غيرها .

٤- العدالة : بمعنى أن يكون عدلاً في الظاهر ، لأن اشتراط العدالة ظاهراً وباطناً فيه حرج ومشقة ، ويؤدي هذا الى بطلان كثير من الأنكحة . لما روي عن ابن عباس [لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد]^(٥) ، لأنها ولاية تحتاج الى النظر فلا

(١) التوبة / ٧١ . (٢) الانفال / ٧٣ .

(٣) النساء / ١٤١ .

(٤) رواه الدارقطني في سننه ، ورواه الطبراني في الأوسط وعلقه البخاري في صحيحه - المقاصد الحسنة ٥٨ .

(٥) قال الإمام أحمد : أصبح شيء في هذا قول ابن عباس مرفوعاً (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) .

يستبد بها الفاسق .

وذهب الحنفية والمالكية إلى القول : بأن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية ، فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج من له ولاية عليها كابنته مثلا ، لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة عنده ، ولأن حق الولاية عام ، ولم ينقل أن وليا في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - ومن بعده منع من التزويج بسبب فسقه ، واعتقد أن هذا الرأي هو الراجح ، لأنهم ضعفوا حديث ابن عباس ، ثم قد فسروا (المُرشد) بمن يرشد غيره إلى وجوه المصلحة ، وليس معناه العدل ، والفاسق أهل لذلك .

ومشروع الإمارات قد نص في المادة - ٢٤٧ - على الآتي : [يشترط في ولي النفس أن يكون أمينا على نفس القاصر ، قادرا على تدبير شئونه متحدا معه في الدين وألا يكون هو تحت ولاية لغيره على نفسه] .

ونصت المادة - ١٤ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون على شروط الولي بالآتي : [يشترط في الولي أن يكون ذكرا ، عاقلا ، بالغا ، غير محرم بحج أو عمرة مسلما إذا كانت الولاية على مسلم] .

لمن تثبت الولاية :^(١)

ذهب الحنفية إلى أن الولاية - ولاية الإجبار - تثبت للعصبات النسبية والسببية وغيرهم من الأقارب :

أولاً : العصبية النسبية وهم جهات أربع :

- ١- البنوة : وهو الابن وإن نزل .
- ٢- الأبوة : وهو الأب وإن علا^(٢) .
- ٣- الأخوة : وهو الأخ الشقيق ، أو الأخ لأب ، أو ابن الأخ الشقيق ، أو ابن الأخ لأب .
- ٤- العمومة : وهو العم الشقيق ، أو العم لأب ، أو ابن العم الشقيق ، أو ابن العم لأب .

لقوله - عليه الصلاة والسلام - : (الإنكاح الى العصبات) .

فكل جهة من هذه الجهات ، تقدم على الجهة التي تليها ، وكذلك أفراد الجهة الواحدة إذا استوفى شروط الولاية يقدم الأقرب في الدرجة .

وإذا كان هناك عدد من الأولياء من جهة واحدة ، وكانت الدرجة واحدة ، هنا تقدم الأقوى قرابة مثل جهة الأخوة ، فالدرجة الأولى منها تشمل الأخوة الأشقاء ،

(١) فتح القدير ٤١٥/٢ ، ٤١٣ - ٤١٦ البدائع ٢٤٠/٢ وما بعدها الدر المختار ٤٢٩/٢ - ٤٣١ ، ألفقه الإسلامي وأدلته ١٩٩/٧ .

(٢) هنا ماذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف لأن هنا ترتيب التصيب في الميراث والابن فيه أقوى من الأب ، وقال محمد : يقدم الأب على الابن لأنه أكثر شفقة ولوسع خيرة ودراية .

للمولى عليه ، وتشمل كذلك الأخوة لأب ، فيقدم في هذه الحالة الأخ الشقيق على الأخ لأب ، لأن قرابة الأول أقوى لأنها من جهة الأب والأم معا ، بخلاف الثاني فإنها من جهة الأب فقط . أما إذا كان هناك عدد من الأولياء وكانت الجهة واحدة ، وكذلك الدرجة ، وقوة القرابة كذلك واحدة ، وكان الجميع مستوفيا لشروط الولاية ، هنا تكون الولاية للجميع ، فإذا تولى العقد واحد منهم فهو صحيح ونافذ سواء أجازته الباقون أو لم يجيزوه ، حيث لا مرجح لأحدهم ، وذلك مثل أخت لها أكثر من أخ شقيق وهي تحت ولايتهم .

ولكن إذا تم العقد عليها من قبل اثنين من أخوتها وزوجها كل واحد منهم لرجل اختاره لها . فإذا كان العقدان في وقت واحد ، بطل العقد ، لأنه لا مرجح لأحدهم على الآخر ، وإذا كان العقدان متتاليين صح الزواج السابق ولا يصح الثاني لتأخره .

ثانياً : العصبية السببية :

وهي تكون بسبب العتق ، فإذا كان رجل يملك أمة ثم اعتقها قاصداً بذلك وجه الله تعالى ، فهو وليها في الزواج عند عدم وجود العصبية النسبية لها .

ثالثاً : الأقارب غير العصبية :

عند أبي حنيفة تنتقل الولاية إلى القارب من غير العصابات إذا لم يوجد أحد من العصابات النسبية أو السببية . وترتيبها في الولاية : يكون على حسب قوة القرابة ، فتقدم الأم على الجدة ، بنوعيتها ، وتقدم البنت على بنت البنت وبنت الابن لأنها أقرب وهكذا . فإذا لم يوجد أحد من هذه الفروع انتقلت الولاية إلى الجد من قبل

الأم فإذا لم يكن كانت الأخت الشقيقة ، ثم لأب ، ثم الأخ والأخت لأم ، ثم لأولادهم ، ثم الأعمام من جهة الأم ، ثم العمات مطلقا ، ثم الأخوال ، فالخالات ، ثم لأولادهم .

رابعاً : الإمام :

إذا لم يوجد أحد من الأوصاف السابقة انتقلت الولاية إلى الإمام - السلطان - لقوله - صلى الله عليه وسلم - (السلطان ولي من لا ولي له)^(١) .

ومعلوم أن الإمام لا يقوم بهذا مباشرة ولكن يتولى هذه الأمور نيابة عنه القضاة وذهب مالك^(٢) وأحمد : إلى ثبوتها للأب أو وصيه فقط ، ومحل إيجاب الوصي عند المالكية يكون عند تعيين الأب له الزوج ، أو أمره الأب بالجبر .

وذهب الشافعية إلى القول : بأنها - الولاية - تثبت للأب والجد فقط لأن الأب كامل الشفقة وافر الإيثار يعرف مصلحة أولاده ويلحق به الجد لا غير لأنه يشبهه في وفرة الإيثار والشفقة .

ونصت المادة - ٢٤٥ - من مشروع الإمارات على أصحاب الحق في الولاية بالآتي : [١- الولي على النفس هم العصبة بالنفس المحارم حسب ترتيبهم في الإرث مع مراعاة حكم الفقرة (٢) من المادة - ٣١ - ويقدم الجد الصحيح على الأخوة .

٢- وعند تعدد المستحقين للولاية في درجة واحدة وقوة قرابة واحدة تختار المحكمة أصحهم للولاية .

(١) أخرجه الأربعة إلا النسائي عن عائشة - سبل السلام ١١٨/٣ .

(٢) الولي غير الجبر - عند المالكية - الأبن أولاً ثم ابنه - عند توافر الشروط - ثم الأب ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابنه ، ثم الجد على المشهور .

٣- وإن لم يوجد مستحق عينت المحكمة وليا على النفس من أقارب القاصر
إن وجد فيهم صالحا للولاية وإلا فمن غيرهم .

وقد نصت المادة - ١٣ - من المرسوم الموحد لودل مجلس التعاون على
صاحب الحق في الولاية - أيضا - : [الولي في الزواج هو : الماصب بنفسه على
ترتيب الإرث ، فإذا استوى وليان في القرب ، فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ،
ويتعين من أذنت له الخطوبة] .

على من تثبت الولاية :

ذهب الحنفية إلى القول : بأن ولاية الإجماع تثبت على فاقد الأهلية ، وهو
المجنون أو المجنونة والمعتوه أو المعتوه والصغير أو الصغيرة بكرة كانت أو ثيبا رعية
لمصلحتهم إذ قد تدعو الضرورة إلى إنشاء عقد الزواج في هذه الحالات انتهازا لفرصة
المثور على كفه ، قد لا يتوفر في وقت آخر .

وبهذا يتضح أن الحنفية ، جعلوا هذه الولاية - الإجماع - على الصغيرة
بسبب الصغر ، وبهذا لا تكون هذه الولاية على البكر البالغة العاقلة ، لأنها ليست
صغيرة ، وكذلك لا تثبت على الثيب الكبيرة ، لأنها إذا لم تثبت على البكر الكبيرة
فمن باب أولى ألا تثبت على الثيب الكبيرة ، وبهذا تثبت هذه الولاية على البكر
الصغيرة وعلى الثيب الصغيرة أيضا . لوجود العلة وهي الصغر ، ولا شأن للبكرة
والثيوبة في ذلك . أما غير الحنفية فإن العلة عندهم في ثبوت هذه الولاية : البكرة
فالولي له أن يجبر ابنته البكر مطلقا صغيرة أو كبيرة دون الثيب مطلقا ، بمعنى إذا
كانت صغيرة أو كبيرة ، فالوجوب لهذه الولاية عندهم للبكرة فقط وهذا ما ذهب إليه
الشافعي وأحمد ومالك .

ولاية النذب : يتضح مما سبق أن ولاية النذب - عند الحنفية - تثبت على البالغة العاقلة بكرة كانت أو ثيبا لأن الإمام أبي حنيفة يرى أن لا سلطان لأحد عليها في شأن زواجها لكن يستحب أن يكون وليها نائبا عنها في إنشاء العقد تكريما لها وصونا لحياتها .

غيبة الولي وعضله : اتضح فيما سبق أن ترتيب الأولياء في الزواج كالميراث يحجب الأقرب الأبعد ، فإذا غاب الولي القريب غيبة يخشى معها فوات الكفء الخاطب إذا انتظرنا حضوره أو استطلاع رأيه انتقلت الولاية إلى من يليه في الدرجة ، وهذا هو مشهور مذهب الحنفية ، لأن الولاية ثابتة لجميع الأولياء بالترتيب فكما تثبت للقريب تثبت للبعيد ولكن تقديم القريب لأوليته في الترتيب وإذا غاب القريب تعذر مباشرته للعقد فتنقل إلى من بعده .

وقال زفر - من أصحاب أبي حنيفة - تستمر ولاية الغائب ولا تنتقل إلى من بعده لأن الغياب لا يزيلها ، وقدّر الفقهاء الغيبة مسافة القصر في السفر وقيل بمسافة لا تصل إليها القوافل إلا مرة واحدة في السنة .

ويرى الشافعية أنه إذا غاب الأقرب تنتقل الولاية للسلطان ، إذ ولاية من بعده لا تثبت إلا بموته حقيقة أو حكما ، فكأنه الأولى له في هذه الحالة ، والسلطان ولي من لا ولي له ، وإذا امتنع الولي الأقرب عن مباشرة عقد الزواج مع وجود خاطب كفء ومستعد بمهر المثل انتقلت الولاية للقاضي ، لأن الولي يكون ظالما في هذه الحالة وولاية رفع المظالم للقاضي ويكون حينئذ نائبا عنه في أداء حق واجب عليه كبيع مال المدين لسداد دينه . وهذا ما أشارت إليه المادة - ٢٥ - من مشروع قانون الإمارات وكذلك المادة - ١٥ - من مشروع دول مجلس التعاون .

حق المرأة البالغة العاقلة في إنشاء عقد الزواج :

هل يصح للمرأة البالغة العاقلة أن تنفرد بإنشاء عقد الزواج دون الرجوع إلى الولي ؟ .

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنه لا يصح لها أن تنفرد بإنشاء عقد الزواج ، لأن فيه من الأخطار والأعباء ما يجب مراعاته ، وإنما الذي يزوجه هو وليها . واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والعقول .

أما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ﴾ ^(١) وقوله سبحانه : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ ^(٢) .

فالخطاب في الآيتين الكريمتين موجه إلى الأولياء ، فكان دليلا على أن الزواج إليهم لا إلى النساء .

وأما السنة : فقد وردت في هذا أحاديث كثيرة منها :-

ما رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبي موسى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : (لا نكاح إلا بولي) . قال العلماء : هذا صريح في أن الزواج لا يصح بدون ولي .

وورد عن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : [أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها المهر بما استحل بها من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له] ^(٣) .

(١) البقرة / ٢٢١ . (٢) النور / ٣٢ .

(٣) نيل الأوطار ٦ / ١١٨ ، نظام الأسرة ١٦٩ - ١٧٢ .

وأما المعقول فقد قالوا بالآتي :

إن المرأة لا تؤمن على نفسها ، وذلك لمرعة انخداعها ، ونقصان عقلها ، ثم هي بطبيعتها تميل الى الرجال ، وكذلك النكاح ، وهذه الأمور قد تؤدي بها إلى التسرع في قبول أي راغب فيها ، مع عدم مراعاة الكفاءة والشرف بالنسبة لأسرتها ، ولا شك أن في هذا إضراراً بها وبأسرتها . ثم إن محاسن الشريعة ، والأخلاق الكريمة ، وكذلك المروءة ، كل ذلك يقتضي من المرأة أن تحافظ على أنوثتها وعلى حيائها ، ولا يكون هذا إلا بعدم ذكر النكاح خصوصاً في مجالس الرجال ، لهذا لا تكون لها الولاية على الزواج .

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ^(١) إلى إثبات هذا الحق للمرأة ما دامت بالغة عاقلة ، فلها أن تتولى عقد زواجها بنفسها ، متى كان الزوج يكافئها ، وكان المهر كمهر المثل ، فإذا تزوجت بغير كفء ، كان للولي حق الاعتراض ويجيبه القاضي بفسخ هذا العقد ما لم تلد أو يظهر عليها الحمل .

وقد استدلا بالآتي : بالكتاب والسنة والمعقول :-

أما الكتاب : قال سبحانه وتعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ ^(٢) . وقال سبحانه : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ ^(٣) . فالآيتان تدلان على أن نكاح المرأة ، ومراجعتها ، وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها ويترتب آثاره من غير توقف على إذن الولي ، ولا مباشرته إياه .

(١) ومحمد بن الحسن في رواية أخرى . (٢) البقرة / ٢٣٠ .

(٣) البقرة / ٢٣٢ .

وأما السنة فأحاديث منها :

١- ما رواه ابن عباس - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : (الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها) ، وفي رواية : [الأيم ^(١) أحق بنفسها] . فهذا الحديث بروايتيه يدل على أن المرأة أحق من الولي في مباشرة عقد زواجها .

٢- [عن خنساء بنت خدام الأنصارية : أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحها] .
وروي عن ابن عباس - رضي الله عنه - [أن جارية بكراً أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي - صلى الله عليه وسلم -] ^(٢) .

فهذه الأحاديث تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لا بد منه في النكاح ، وإذا كان كذلك فليس معقولا أن يكون الرضا من الشخص شيء لا بد منه في صحة التصرف ، ثم بعد ذلك يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا ما باشره الشخص بنفسه .

وأما المعقول : فقد قاسوا إنكاح الحرة الرشيدة نفسها على بيع ما تملكه ، حيث أن كلا من البيع والنكاح تصرف من حر رشيد فيما يملكه ، وحكم البيع الصحة ، فيكون النكاح كذلك ، ومع هذا فقد احتاط الحنفية لحق الولي وجعل له حق الاعتراض إن زوجت الكبيرة نفسها بأقل من مهر المثل أو كان الزوج غير كفء .

(١) الأيم : المرأة التي لا زوج لها بكراً كتبت ثوبها .

(٢) نيل الأوطار ١٢٣/٦ .

وكذلك يكون من الأفضل أن يزوج البالغة العاقلة وليها بعد أخذ رأيها فيمن يكون شريك حياتها .

الترجيح : بعد عرض أدلة الفريقين أختار رأي الأحناف للأسباب الآتية :
(أ) إن كان الجمهور قد استدلوا بالكتاب والسنة ، فكذلك الأحناف استدلوا بنفس هذه الأدلة .

(ب) أما المعقول الذي استدل به الجمهور ، وهو الحياء وعدم الدراسة وكذلك سرعة خداعها فإن الحنفية بالنسبة لعدم الدراية وسرعة خداعها قد جعلوا لها ضابطا وهو أن من حق الولي الاعتراض يوم أن تزوج الفتاة البالغة العاقلة نفسها بغير كفء، أو بمهر دون مهر المثل . أما الحياء فأني لا أرى قارقا كبيرا بين أن تتولى الفتاة البالغة العاقلة عقود البيع والشراء وهي ولا شك سوف تتعامل مع الرجال ضمن معاملاتها المالية . وما يقال بأن هذه العقود - المالية - حق خالص لها أما النكاح فإن الأولياء يشتركون معها في هذا الحق . فيرد على ذلك بأن الأحناف لم يغفلوا عن هذا الحق وجعلوا - كما سبق - حق الاعتراض للأولياء إذا زوجت نفسها بغير كفء أو بمهر دون مهر المثل .

(ج) وأما ما ذهب إليه الحنفية بالنسبة للمعقول ، فهو المعقول فعلا ، فكما أن الفتى يزوج نفسه ببلوغه كما يزاول عقوده الأخرى ، فكذلك الفتاة وهي كالفتى الجميع مكلف من قبل الله ومطالب بأركان الدين وواجباته .

وقد نصت المادة -٢٤٤- من مشروع قانون الإمارات على ما يأتي : [
يخضع للولاية على النفس الصغير إلى أن يتم سن البلوغ عاقلا ، كما يخضع لها البالغ المجنون أو المعتوه] .

وواضح من هذا النص أن الولاية تكون على : الصغير حتى يبلغ عاقلا ، وكذلك البالغ المجنون أو المعتوه .

وكذلك نصت المادة - ١٩ - منه على الآتي : [١ - يشترط في الأهلية للزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ .

٢ - للمحكمة أن تأذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا تبين لها رجحان المصلحة من ذلك الزواج على الضرر بعد الرجوع إلى تقرير من لجنة من الأطباء الأخصائيين تتدبهم لذلك] .

وفي المادة - ٢٧ - منه فقد نصت على الآتي : [١ - لمن بلغ سن الرشد سفيها ، أو طرأ عليه السفه ، ذكرا كان أو أنثى أن يزوج نفسه .

٢ - وإذا كان الزواج بعد الحجر ، أعترض ولي المال على ما زاد أو نقص من مهر المثل] .

٣ - والمشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ٨ - : [أ - لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك .

ب - لا يأذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه إلا بعد توفر الشروط التالية :
١ - قبول الطرف الآخر الزوج منه بعد اطلاعه على حالته .

٢ - كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله .

٣ - كون زواجه فيه مصلحة له .

ويتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص] .

ونص في المادة - ٩ - منه على الآتي : [لا يأذن القاضي بزواج المحجور عليه لسفه إلا بموافقة وليه] .

وبهذا يتضح أن مشروع دول مجلس التعاون أكثر احتياطا ودقة بالنسبة لزواج المجنون أو المعتوه .

أما بالنسبة لزواج السفیه فإن مشروع الإمارات هو الأولی أن نأخذ به لأنه أكثر رعاية لحق الإنسان في أموره الشخصية ، وإذا أساء السفیه استعمال ماله هنا ، فإن ولي المال له حق الاعتراض .

ثانياً : الوكالة في الزواج^(١)

التوكيل لغة : تفويض الأمر الى الغير .

وشرعا : تفويض التصرف في أمره الى غيره وإقامته مقامه .

والقاعدة العامة : أن من ملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه ، وله أن يوكل غيره نيابة عنه ، كالبيع والشراء ، والتزويج والطلاق ، وغير ذلك من العقود التي تتطلب النيابة ، وعقد الزواج - كما سبق - يملكه الزوجان - إذا كان كل منهما كامل الأهلية -^(٢) ، لذلك كان من حق كل منهما أن يوكل آخر في أمر زواجه من غير حاجة إلى الإشهاد على التوكيل ، ولكن لو أشهد لكان خيرا ، إذ يقطع بهذا الإشهاد ما قد يكون من نزاع أو جحود .

وليس للتوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن صريح من الموكل^(٣) ، أو تفويض منه ، كأن يقول له : وكلتك بكذا : أو فوضت إليك هذا الأمر .

(١) تبين المحققان ١٣٢/٢ - ١٣٥ ، الشرح الصغير ٣٧٢/٢ ، مغني المحتاج ١٥٧/٣ ومايلهما ، المهذب ٣٨/٢ ، المنهاج ٤٦٢/٦ ومايلهما .

(٢) لأن للمرأة عند الأحناف أن تزوج نفسها فكل ذلك يصح منها التوكيل .

(٣) وهذا بخلاف الولي النجس كالأب ، فيجوز له أن يوكل رجلاً غيره ليقوم بتزويج ابنته من الرجل الكفء ، أما الولي غير النجس فلا يوكل غيره في زواج موليته إلا بإذنها ، وذلك عند جمهور الفقهاء ، أما الحنابلة : فقد أجازوا توكيله في زواجها بدون إذنها وإن كانت غير مجبرة لأن ولايته مثل الحاكم .

وقد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قام بدور الوكيل عن زوجين وهو - كما سبق - ما رواه أبو داود في سننه عن عقبة بن عامر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لرجل : (أترضى أن أزوجه فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجه فلانا ؟ قالت : نعم ، فزوجه أحدهما من صاحبه [، ويكون التوكيل بالعبارة أو بالكتابة .

توكيل المرأة :

اختلف الفقهاء في صحة توكيل المرأة البالغة العاقلة في تزويج نفسها : ذهب جمهور الفقهاء : إلى القول بأن للولي الحق في تزويجها من غير توكيل منها له وإذا كان الأمر يستدعي أخذ رأيها في العقد فلا حاجة إلى توكيل منها ، وإنما يحتاج الأمر إلى رضاها فقط .

أما الحنفية : فقد أجازوا توكيلها ، كما يصح من الرجل ، لأن من حقها أن تنشئ العقد ، وما دام ذلك من حقها ، كان من حقها أن توكل عنها من يقوم بإنشائه .

والتوكيل قسمان :

٢- مقيد

١- مطلق

فالتوكيل المطلق : أن يوكل شخص آخر في تزويجه ، دون أن يعين له امرأة ، ولا مهرا ، كما إذا قال الموكل لوكيله : زوجني ، أو زوجني أية امرأة ، كان للوكيل عند أبي حنيفة أن يزوجه بأية امرأة ، فمقتضى الإطلاق أن يزوجه بأية زوجة ، إلا إذا زوجه الوكيل من ابنته ، أو من في ولايته ، فيكون هذا العقد موقوفاً على إجازة الموكل لوجود التهمة .

ويرى صاحبان أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف فيشترط فيه الكفاءة ، ومهر
الثلل .

فإذا وكلت المرأة من يزوجهها ، فإن زوجها بكفء وبمهر الثلل فهو صحيح
نافذ ، وإن زوجها بغير كفء أو بأقل من مهر الثلل فالزواج فاسد إذا كان لها ولي
عاصب لم يرش قبل العقد بغير كفء . وإذا لم يكن لها عاصب كان الزواج موقوفا
على إجازتها ، لأن الكفاءة معتبرة في حقها .

أما التوكيل المعقيد : بأن يوكل شخص آخر في تزويجه مع التقيد بشخص أو
مهر أو بلد أو عائلة الى غير ذلك من هذه القيود مثل أن يقول : زوجني من سعاد
البكر الرشيدة على ألف درهم ، وجب على الوكيل أن يلتزم بذلك عند إنشاء الزواج .
فإن وافق شروط الوكيل أو خالف الى خير ظاهر نفذ وإلا فالعقد موقوف على إجازة
الموكل ، فإن أجاز هذا التصرف نفذ وإلا فلا .

حكم الوكالة بالزواج :

الوكيل سفير ومعبّر عن الموكل ، لا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ، ولا
يطالب بالمهر ولا بالنفقة بمقتضى وكالته . وإنما يطالب بذلك إذا كان ضامناً .
وليس له حق قبض المهر إلا إذا أذن له بذلك المالك صراحة أو دلالة وقبضه يكون
بتوكيل آخر غير توكيل الزواج ، وهو التوكيل بقبض المهر .

وقد نصت المادة (٢٢) من مشروع قانون الامارات :

١- [يجوز التوكيل في عقد الزواج .

٢- ليس للوكيل أن يزوجه موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك قسي
الوكالة] .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١٩ - منه على :
[يتولى ولي الأمر المرأة عقد زواجها برضاها] .

ثالثا : الكفاءة في الزواج :^(١)

الكفاءة في اللغة : المساواة والمماثلة ، يقال : فلان كفاء فلان أي مساو له
ومنه قوله صلى الله عليه وسلم - (المسلمون تتكافأ دماؤهم)^(٢) أي تتساوى ،
فيكون دم الوضيع منهم كدم الرقيق .

واصطلاحا : مساواة الزوج وزوجته في أمور مخصوصة حتى لاتعير هي ولا
أولياؤها بزواجها .

وقد ذهب جمهور الفقهاء وهم المذاهب الأربعة وغيرهم إلى اعتبار الكفاءة شرطا
- شرط لزوم - في الزواج ، لأن مصالح الأسرة ، ودوام العشرة بين الزوجين ، لاينتظم
عادة إلا بين المتكافئين فإذا لم يكن الزوج مساويا لزوجته ، أو أعلى منها منزلة ،
استنكفت أن يكون له عليها حق القوامة ولم يكن غالبا محل تقديرها .

وأیضا أولياؤها يميرون بمصاهرتة ، وذلك يحول دون التوافق بينهما .

وتشترط الكفاءة في جانب الزوج فقط ، بمعنى أن يكون متكافئا معها لأنهن تعير
بدنائته - كما سبق - ، ولا تشترط الكفاءة في الزوجة لأن العار لايلحقه بخستها
وبدنائتها .

(١) فتح القدير ٤١٧/٢ ومابعدها ، البدائع ٣١٧/٢ ، الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٤٨/٢ ومابعدها ،
المهذب ٣٨/٢ ، مخي المحتاج ١٦٤/٣ ، المغني ٤٨٠/٦ ومابعدها ، كشاف القناع ٧١/٥ ، الفقه
الإسلامي وأكث ٢٢٩/٧ ومابعدها .

(٢) رواه أحمد والسنائي وأبو داود عن علي - كرم الله وجهه - .

أما غير الجمهور : ومنهم الثوري ، والحسن البصري ، والكرخي من الحنفية ، - فلا يعتبرونها - وليست شرطاً أصلاً عندهم ، بمعنى أنها ليست شرط صحة ولا شرط لزوم ، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفئاً للزوجة أم غير كفء ، وقد استدلوا بها يأتي :-
بالسنة والمعقول :

أولاً : السنة : قوله - صلى الله عليه وسلم - (الناس سواسية كأسنان المشط ، لأفضل لمربي على أعجمي ، إنما الفضل بالتقوى) ^(١) . فهذا الحديث يدل على المساواة المطلقة وعلى عدم اشتراط الكفاءة ، ويدل على هذا المعنى قوله سبحانه : ﴿ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾ .

ورد على هذا بأن المعنى أن الناس متمساوون في الحقوق والواجبات ، وأنهم لا يفاضلون ألا بالتقوى ، أما ما عدا ذلك من الاعتبار الشخصية التي تقوم على أعراف الناس وعاداتهم ، فلا شك في أن الناس يتفاوتون فيها ، فهناك التفاضل في الرزق :

﴿ والله فضل بعضكم على بعض في الرزق ﴾ ^(٢) وكذلك التفاضل في العلم ، وهو يقتضي التكريم ﴿ يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات ﴾ ^(٣) .

(١) أخرجه ابن لال باللفظ قريب عن سهل بن سعد [الناس كأسنان المشط ، لا فصل لأحد على أحد إلا بالتقوى] سبل السلام ١٢٩/٣ .

(٢) النحل / ٧١ .

(٣) المجادلة / ١١ .

وسيطل الناس يتفاوتون في مراكزهم الأدبية ودرجاتهم الاجتماعية ، وهذا مقتضى الفطرة الانسانية ، والشرعية لاتصادم الفطرة وأعراف الناس وعاداتهم التي لاتخالف أصول الدين ومبادئه .

ثانياً : المعقول : قالوا بأن الدماء متساوية في الجنايات ، لذلك يقتل الشريف بالوضيع ، والعالم بالجاهل ، قياس على ذلك عدم الكفاءة في الزواج ، فإن كانت الكفاءة غير معتبرة في الجنايات ، فلا تكون معتبرة في الزواج من باب أولى .

ورد على ذلك بأنه قياس مع الفارق ، لأن التساوي في القصاص في مسائل الجنايات ، إنما هو مطلوب لمصالح الناس وحفظ حقهم في الحياة ، حتى لا يتجرأ نواجاه أو النمب على قتل من هو أقل منه .

أما الكفاءة في الزواج فهي لتحقيق مصالح الزوجين من دوام العشرة مع السودة والألفة بينهما ، ولا تتحقق هذه المصالح إلا باشتراط الكفاءة .

دليل الجمهور^(١) : استدلل الجمهور على أن الكفاءة شرط للزوم عقد الزواج وليس شرط صحة ، بالآتي : بالسنة والمعقول :-

أولاً : السنة :

١- روى الترمذي عن علي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال له :
[ثلاث لاتؤخر الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت لها كفءاً^(٢)] .

(١) الفقه الإسلامي وأصله أ . د / وهبه الزحيلي ٢٣١/٧ ، ٢٣٢ .

(٢) نيل الأوطار ١٢٨/٦ .

٢- وقوله - صلى الله عليه وسلم - (إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه ، فأنكحوه ، إلا تفعلوه ، تكن فتنة في الأرض وفساد كبير)^(١) .

٣- عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة الى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته ، قال : (فجعل الأمر إليها ، فقالت : قد أجزت ماصنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)^(٢) .

فهذه الأحاديث - وغيرها كثيرا - تدل على اعتبار الكفاءة في الزواج ، وإن كان بعضها ضعيفا . فقد قال الكمال بن الهمام^(٣) . إن هذه الأحاديث الضعيفة من طرق عديدة يقوي بعضها بعضا . لذلك تصبح حجة بتضافرها ، ولهذا ترتفع إلى مرتبة الحسن .

ثانياً : المعقول :

وهو أن انتظام مصالح الزوجين لن يكون عادة إلا إذا كان هناك تكافؤ بينهما ، لأن المرأة التي تكون ذات حسب ونسب تأبى أن تعيش مع من هو أقل منها ، فلا بد إذا من إعتبار الكفاءة من جانب الرجل ، حتى تستقيم الحياة وتستقر ، ولا تعتبر من جانب المرأة ، لأن الرجل لا يتأثر عادة بهذا ، ومعلوم أن العادة والعرف لهما سلطان قوى وتأثير كبير على الزوجة ، بمعنى أن الزوج إذا لم يكن كفواً لها ، لن تستمر هذه الرابطة الزوجية ، ولن يكون للزوج - صاحب القوام - تقدير واهتمام . وكذلك بالنسبة لأولياء المرأة فهم يأنقون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم

(١) رواه الترمذي وقال : حديث حسن غريب - نيل الأوطار ١٢٧/٦ .

(٢) نيل الأوطار ١٢٧/٦ . (٣) فتح القدير ٤١٧/٢ وما بهما .

ونسبهم ، ثم إنهم يعمرون به ، ومن هنا تختل روابط الزوجية وتضعف ، ولن نتحقق الأهداف السامية لهذه العلاقة ، ولا الثمرات المرجوة منها .

وهذا هو الرأي المعمول به في كثير من البلاد الإسلامية ك مصر وسوريا وليبيا .

متى تعتبر الكفاءة ؟

تعتبر الكفاءة عند إنشاء عقد الزواج ، بمعنى أنه متى كانت أمور الكفاءة محققة وقت إنشاء العقد فلا ضرر بزوالها بعد ذلك ، كما إذا تعيب المبيع عند المشتري ، فلو كان الزوج صاحب حرفة شريفة ثم صار إلى حرفة دنيئة ، أو كان قادرا ماليا ثم أعسر ، فلا أثر لهذا في صحة العقد ، لأن الأمور بالنسبة للناس لاتستمر على حال واحد ، وليس من الوفاء أن يترك للمرأة وأولياؤها أمر الخيار في الإبقاء على الزوجية إذا تعرضت حال الزوج لنكبات الدهر فاحترف المهنة الحقيرة وذل بعد أن كان عزيزا ولكن الانسانية تقضي أن ترضى المرأة على هذا التغيير وتصابر .

صاحب الحق في الكفاءة :

يرى جمهور الفقهاء أن الكفاءة من حقوق الزوجة والأولياء معا ، بمعنى أنه يجوز لكل منهم أن يمسك حقه فيها ، لكن إسقاطه لحقه لا يترتب عليه إسقاط حق الآخر .

فإذا حدث وبادرت المرأة بزواجها من غير كفء كان لوليها حق الاعتراض عليها ، والمطالبة بفسخ هذا العقد ، لعدم رضاه بهذا الزوج الغير كفء .

وكذلك الحكم في حالة ما إذا زوجها الولي برجل لا يكافئها ، فإن من حقها أن تعترض على هذا الزوج غير المتكافئ ، وكان إذا من حقها فسخ هذا الزواج ، وواضح

أنه يجوز لهما التنازل عن هذا الحق ، ولكن ليس لهما أولأحدهما حق طلب الفسخ بعد التنازل عن شرط الكفاءة .

وهذا الحق ثابت للأولياء حسب ترتيبهم في قوة القرابة فإذا رضي الولي الأقرب فليس لمن بعده حق الاعتراض .

وإذا تعدد الأولياء كالأخوة الأشقاء للمرأة التي يراد التزويج منها ، ورضي البعض بإسقاط هذه الكفاءة ولكن البعض الآخر لم يرض بإسقاطها ، كان هذا الرضا للبعض مسقطا لحق الآخرين في الاعتراض على هذا الزواج والمطالبة بالفسخ وهذا ماذهب إليه أبوحنيفة ومحمد لأنه حق لايقبل التجزئة ، فيكون إسقاط بعضه إسقاطا للكل ، قياسا على حق القصاص الذي يثبت لجماعة ، فلو حدث وأسقطه البعض سقط بالنسبة للآخرين فلا يكون من حقهم المطالبة به .

الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة :-

اختلف جمهور الفقهاء القائلون باشتراط الكفاءة في عقد الزواج في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة .

١- فقد ذهب الإمام مالك إلى أنها تكون في الدين فقط ، وقيل : إنها تكون في أمرين اثنين : الدين والحرية .

٢- ويرى الإمام أحمد اعتبارها في أمور أربعة وهي : الديانة ، والحرية ، والنسب ، والحرية .

٣- ويرى الشافعية أنها تكون في خمسة أمور: الدين ، والنسب ، والحرية ، والحرقة ، والاسلام . وزاد عليها بعض المتأخرين من علماء الشافعية تقارب الزوجين في السن ، بحيث لا يكون الشيخ الهرم متكافئا للفتاة الشابة ، إلا أن هذا الرأي غير

معتد به عند علماء الشافعية .

٤- ذهب الحنفية إلى اعتبارها في ستة أمور : النسب ، والإسلام ،
والحرية ، والمال ، والديانة والحرقة .

١- النسب : هو صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد وهو معتبر
بالنسبة للعرب دون غيرهم لجريان التفاخر بالنسبة لهم بالأنساب والأحساب ،
فالعجمي لا يكون متكافئاً للعربية ، وليس كل العرب سواء بل بعضهم أكفاً من بعض ،
فالقرشية لا يكاونها إلا قرشي ، والقرشي كفء لكل عريية ، وسائر العرب بعضهم
أكفاء بعض . وقد استندوا في ذلك الى قوله - صلى الله عليه وسلم - [العرب بعضهم
أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، إلا حائك أو حجام]^(١) .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - [خياركم في الجاهلية خياركم في الإسلام إذا
فقهوا]^(٢) .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - [إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل ،
واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم ، واصطفاني من بني
هاشم]....^(٣) .

فهذه الأحاديث تدل على كفاءة العربي للعربية دون العجمي ، وتدل على
كفاءة القرشي للقرشية .

٢- الإسلام : والمقصود به هنا إسلام آباء الزوج وأجداده ، لأنه من المعلوم أن
المسلمة لا تحل لغير المسلم وهو - الإسلام - معتبر في حق غير العرب ، لأنهم

(١) نصب الرأية ١٩٧/٣ (٢) نيل الأوطار ١/١٢٩ .

(٣) مطالب تولى النهي في شرح غاية المنى ٨٥/٥ .

يتفاخرون بالإسلام ، وعلى هذا ، إذا كان لها أبوان في الإسلام لا يكافئها من له أب واحد في الإسلام ، وهذا ماذهب إليه أبو حنيفة ومحمد ، وهو كفء لها عند أبي يوسف ، لأن عنده التعريف يكون بالأب فقط ، ولكن عند أبي حنيفة ومحمد بالأب والجد معاً .

٣- الحرية : فلا تزوج حرة بعبد لأن الرق نقص فيه وهو لا يملك التصرف في شأنه كله ، ولا شك أن الرق جالب للمار على صاحبه ، والعتيق لا يكون متكافئاً لحره الأصل ، ومن كان جده رقيقاً لا يكون متكافئاً لمن كان جدماً حراً .

٤- المال : والمراد به هنا يسار الزوج بحيث يستطيع أن يدفع ما هو واجب عليه من مهر ونفقة ، لأن هذا هو القدر المطلوب .

وروي عن أبي يوسف أن الشرط هنا القدرة على عاجل صداقها والإنفاق ومتى كان كذلك كان كفئاً لها ، وأما المهر ككل فقد يكون قادراً عليه بقدرة آبائه وأقاربه ثم لا تنتظم الحياة الزوجية بعد ذلك حينما يظهر عجزه عن مطالبتها ويقتضح أمره فلا اعتبار بالقدرة عليه .

ويرى بعض الفقهاء - منهم الحنفية في غير الظاهر عندهم - أن من الكفاءة الغني والثراء ، بمعنى أن يكون الزوج في ثراء قريب من ثراء الزوجة ، أما الأصح عند الحنفية أن هذا النوع من الكفاءة لا يعتبر .

وأعتقد أن التقارب بين الزوجين في الثراء محمود العاقبة وأمر مرغوب فيه لكبح جماح النفس البشرية عن التفاضل في هذا الأمر وعدم التعالي بسلطان المال ، إذ لا حرج أن نقول باعتباره حتى لا تطفئ قوامة المال على قوامة الرجال .

٥- الديانة : والمراد بها الصلاح والاستقامة ، فلا يكون الفاسق كفناً للصالحة ، بل كفناً للفاسقة ، وهذا مذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف .
وقال محمد ^(١) . لا تعتبر الديانة لأنها من أمور الآخرة ، فلا تبنى عليها أحكام الدنيا ، فكم من فاسق له بين الناس مكانة ومنزلة .
ودليل الشيخين قوله سبحانه ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ ^(٢) .

وقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - [إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ...] ^(٣) .

٦- الحرفة : المراد بها كل عمل يزاوله من أجل الحصول على رزقه من صناعة أو وظيفة ، ومعنى الكفاءة فيها أن تكون حرفة الزوج مساوية لحرفة أبي الزوجة وهذا مذهب اليه صاحبان . ويرى أبو حنيفة عدم اعتبارها في الكفاءة إلا إذا كانت في منتهى الحقارة .

بعد الحديث عن الأمور التي تعتبر في الكفاءة ، وبيانها كما ذهب إليه الأئمة الأربعة ، والحديث عنها تفصيلاً كما ذهب اليه الحنفية ، أوضح الآتي :

(أ) إن ما ذهب إليه المالكية من اعتبار الدين والحرية في الكفاءة هو الراجح وذلك لأن الحاديث التي استدل بها الجمهور - كما أشرت سابقاً - كثير منها يتصف بالضعف والدليل القوي عندهم هو المعقول الذي يعتمد على العرف ، والعرف كثيراً ما يتغير بين الناس كما هو حادث في عصرنا الآن من عدم النظر إلى الكفاءة ، وأصبح مبدأ

(١) تستني حالة واحدة عند محمد وهي إذا كان الرجل يجاهر بفسقه ويخرج إلى الشارع سكراناً يضك منه الناس ، هنا لا يكون كفناً للمرأة للخبينة فتح القدير ٤٢٢/٢ .

(٢) المسجدة / ١٨ . (٣) نيل الأوطار / ٦ / ١٢٧ .

المساواة هو الأساس في التعامل ، أما المعاني القبلية والتمييز الطبقي بين الناس ، لم يعد موجودا الآن في كثير من الأحيان ، إن لم يكن في جميع الأحيان .

(ب) والسنة الصحيحة تشهد بذلك ، فقد زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - زيد بن حارثة بنت عمته - زينب - وهو غير عربي ، وهي العربية القرشية . وكذلك أشار النبي - صلى الله عليه وسلم - على فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد ، وهي قرشية وأسامة مولاة وابن مولاة .

(ج) ومن باب الأفضلية يضاف إلى ما ذهب إليه المالكية اعتبار المال ، فإن الواقع يوضح لنا في كثير من الأحيان ، إن لم يكن في جميع الأحيان أن المرأة إذا كانت صاحبة ثراء والرجل غير ذلك فإن القوامة هنا تنعدم بالنسبة للرجل ، ويكون في هذه الحالة مُسيراً غير مُخير ، أما إذا حدث التوافق والإنسجام مع عدم ثراء الرجل مع وجود ثراء المرأة فلا مانع .

وبهذا يكون ما ذهب إليه المالكية من اشتراط التدين والحرية هو الأولى بالأخذ

به .

وقد استثنى الفقهاء حالتين لشرط الكفاءة في جانب الزوجة :

١- إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير أصله أو فرعه ، أو وزجه من عُرْف بسوء الاختيار من أصله أو فرعه ، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة كفوئاً له احتياطاً لمصلحة الصغير ومن في حكمه .

٢- إذا وكل الرجل عنه من يزوجه امرأة غير معينة - توكيلاً مطلقاً - فإنه يشترط لنفاذ هذا العقد أن تكون الزوجة كفوئاً للموكل ، وهذا هو مذهب صاحبين وعليه الفتوى .

ويرى أبو حنيفة نفاذ عقد الوكيل على موكله ، إذا كانت الوكالة مطلقة .
ومشروع قانون الإمارات قد نص على الكفاءة في المواد من : (٢٩) الى (٣٢)
ونصها كالآتي :

[١- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفئاً للمرأة وقت العقد فقط ،
ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة .

٢- ولا يؤثر في العقد زوال الكفاءة بعد] .

ونصت المادة -٣٠- منه على الشروط التي يجب أن تتوافر في هذه الكفاءة :
[العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج ديناً ، وبتقاربه في الحرفة مكانة ، وبقدرته على
الإنفاق ولو بالتكسب ، والمرجع في تقارب الحرفة لعرف البلد] .

وأوضحت المادة - ٣١ - صاحب الحق في الكفاءة وهي على النحو التالي :

[١- الكفاءة حق لكل من المرأة ووليها كامل الأهلية .

٢- والولي في الكفاءة هو : الأب ثم الجد الصحيح ، ثم الأخ الشقيق دون
سواهم .

٣- وليس للأبعد من هؤلاء الأولياء حق الاعتراض على الكفاءة إلا عند عدم
الأقرب أو نقص أهليته] .

ومشروع مجلس التعاون قد نص في المادة - ٢٠ - على الآتي :

[أ - الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي .

ب- تراعى الكفاءة حين العقد ويرجع في تقديرها الى العرف] .

وبهذا نرى أن المشروعين قد اتفقا فيمن له حق الكفاءة ، وكذلك في وقتها .

ونرى أن المادة - ٢١ - من مشروع قانون الإمارات قد تحدثت عن فارق السن بين الزوجين فجاء بها : [لا يجوز بغير إذن المحكمة عقد زواج من جاوز الستين إذا كان فرق السن بين طرفيه يتجاوز نصف عمر الأكبر منهما ، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا إذا كان فيه مصلحة استثنائية ظاهرة] .

المبحث الثامن " في حقوق الزوجة على زوجها "

للزوجة على زوجها حقوق : هذه الحقوق إما أن تكون مالية كالمهر والنفقة ، وإما أن تكون غير مالية ، كحسن المعاشرة ، وسوف يكون الحديث عن هذه الحقوق تفصيلاً بادئاً بالمهر ، لأنه أهم هذه الحقوق ، ثم النفقة لأنها تليه في الأهمية .

المهر : اسم للمال الذي تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء بشبهة . وهذا المهر ^(١) يجب بالعقد في الزواج الصحيح ، أو بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، فإذا تم عقد الزواج صحيحاً وجب المهر بمجرد تمام العقد ولم لم يعقبه دخول ، بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقاً للزوجة أو لورثتها ، وكذلك يجب بالخلو الصحيحة إذا تمت بعد هذا العقد .

وأما إذا كان العقد فاسداً ، كمن تزوج بغير شاهدين ، فلا يجب المهر على الزوج بمجرد هذا العقد الفاسد ، وإنما يجب إذا حصل دخول حقيقي بمن دخل عليها .

وهو له مكانة سامية - أي المهر - في عقد الزواج .

١- فهو حق ظاهر للزوجة تقديرًا لشأنها ومنزلتها ، وتطبيباً لخطورها ، لذلك كان من حقها أن تطالبه برفعه إلى مستواها ، بمعنى أن يكون مهرها مهر مثيلاتها وهذا يكون إذا كانت عاقلة بالغة رشيدة ، وإذا رضي الولي بأقل منه فقد

(١) ويسمى بأسماء متعددة منها : ١- الصداق ٢- الصلقة ٣- النحلة ٤- الأجر ٥- الفريضة . العناية بهامش فتح القدير ٤٣٤/٢ ، الدر المختار ورد المختار ٤٥٢/٢ ، الشرح الصغير ٤٢٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٢٠/٣ ، كشاف الفناع ١٤٢/٥ ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة والقانون ١٧٩ وما بعدها .

أسقط حقه في الزواج بمهر المثل ، واسقاط حقه لا يترتب عليه إسقاط حقتها .

٢- وهو حق للأولياء فلا يصح لواحد منهم أن ينزل به عن مستوى قريناتها ولهم حق المحافظة على اتمامه إلى مهر المثل أو طلب فسخ العقد .

٣- وهو حق للشارع أيضا بمعنى أنه سبحانه قد جعله نحلة لها لا تصح أن تتزوج بدونه ، ولا يصح أن ينقص عن عشرة دراهم - كما ذهب الحنفية إلى هذا - لأنه حد وضعه الشارع ، فإن إتفق الطرفان على أقل منها وجبت العشرة ، وكذلك لو اتفق الزوجان على الزواج بدونه ، فإنه يجب للمرأة مهر المثل ولا يصح شرعا أن يسقط .

وليس معنى كونه واجبا شرعا أن العقد يتوقف عليه أو لا يصح بدونه ، بل إنه أثر من آثار العقد لأن الله سبحانه أباح للأزواج أن يطلقوا النساء قبل الاتفاق على المهر وفرضه اذ يقول سبحانه : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ ^(١) فقد أوضحت الآية الكريمة نفى الاثم عن الزوج الذي طلق زوجته قبل الدخول وقبل أن يسمى لها مهرا ، والطلاق لا يكون إلا بعد الزواج ، إذا يكون العقد على المرأة من غير ذكر للمهر صحيحا ، لصحة الطلاق بعده كما دلت الآية الكريمة ، ولو كان المهر ركنا أو شرطا في العقد لما صح بدونه ^(٢) .

الدليل على وجوب المهر :

استدل الفقهاء على وجوبه بالكتاب والسنة والإجماع .

(١) البقرة/ ٢٣٦ .

(٢) البدائع/ ٢٧٤/٢ ، بداية المجتهد/ ٢٥/٢ ، الشرح الصغير/ ٤٤٩/٢ ، المهذب/ ٥٥/٢ - ٦٠ ، مغني المحتاج/ ٢٢٩/٣ ، كشاف القناع/ ١٤٤/٥ - ١٧٤ .

أما الكتاب : فقولہ سبحانه ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نَحْلَةً﴾ ^(١) وقولہ سبحانه : ﴿وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ، فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ ^(٢) فقد أمر الحق سبحانه : الأزواج بتقديم المهر لزوجاتهم ، وهو سبحانه وتعالى قد وصفه في الآية الأولى : بأنه نَحْلَةٌ ، والمراد بها عطية من الله للنساء بدون مقابل ، ووصفه سبحانه في الآية الثانية بأنه فريضة : أي أمر مفروض وواجب ، بهذا يكون المهر واجبا للزوجة بنص الكتاب الكريم .

وأما السنة : فقد ورد أنه - صلى الله عليه وسلم - قال لرجل أراد الزواج من امرأة : [التمس ولو خاتما من حديد] ^(٣) .

وكذلك نرى أنه - صلى الله عليه وسلم - تزوج وزوج بناته على المهر ، ولم يتركه في النكاح مع أنه سبحانه وتعالى أباح له الزواج بدون مهر .
وأما الإجماع : فقد أجمع الصحابة ومن بعدهم على وجوب المهر .

حكمة التشريع :

الله سبحانه أوجب المهر ، إظهاراً لعظمة وخطر عقد الزواج ، وتقديراً للمرأة ورفعاً لمكانتها ، واعترافاً بحق العشرة ، وللعمل على دوام رابطة الزوجية لأن الزوج إذا دفع مهرًا لا يتسرع في إنهاء عقد الزواج ، لأن المال أعز شيء في الحياة فيتمسك بها ويلجأ إلى طرق الصلح والمودة .

(٢) النساء / ٢٤ .

(١) النساء / ٥ .

(٣) المطاوعة ص ٣٢٦ .

ولذلك جعله الله سبحانه على الرجل لما له من القوامة عليها بنص الآية

الكريمة :

[الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ..]^(١) .

وإذا كانت القوامة للرجل عليها ، فيجب عليه أن يقدم لها ما يجعلها ترضى بهذه القوامة عن طيب نفس منها ، وتشعر بأنها المعزة المكرمة .

وكانت القوامة للرجل ، لأن طبيعة الرجل هو الذي يكسب المال والمرأة لها من الأعمال ما يناسبها ، فهي صالحة لإدارة شئون بيتها .

كما أن قيام الرجل بدفع المهر إلى الزوجة علامة على الإخلاص ، وأكبر دليل على إظهار المودة ، وأنه يريد الاستقرار والدوام .

ونصت المادة ٤٢ - من مشروع قانون الامارات على أنه : [يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح] ، ونصت المادة ٣٥ من مشروع دول مجلس التعاون في فقرتها (ب) على الآتي [يجب المهر بالمقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول ، أو الخلوة الصحيحة ، أو الوفاة] .

ما يصح أن يكون مهراً :

جعل الشارع المهر في عقد الزواج - كما سبق - لتطبيب نفس الزوجة وإشعارها بالسعادة ، وقد اشترط الفقهاء فيما يصلح له : أن يكون مالاً متقوماً معلوماً ، نقداً كان أو منقولاً ، قيمياً أو مثلياً ، أو كان منفعة تقوم بمال .

(١) النساء / ٣٤ .

والمال : ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعاً عادياً ، فلا يصلح أن يكون شيئاً حقيراً كحفنة من تراب ، أو حبة من أرز ، أو خمر أو خنزير .

كما لا يصح أن يكون مجهولاً جهالة فاحشة تؤدي إلى الشقاق والخصام ، مثل أن يقول الزوج : المهر سيارة بدون أن يبين نوعها ومواصفاتها التي تميزها عن غيرها ، وأما إذا كانت الجهالة يسيرة مثل أن يتزوج الرجل المرأة على خمسين أردباً من القمح بدون أن يبين نوع هذا القمح ، ومعلوم أن أنواعه كثيرة متعددة لكنها تعتبر جهالة يسيرة ، فلا يرى الشارع حرجاً في قبول المهر معها لأن أمور النكاح مبنية على المسامحة والمساهلة دون سائر المعاوزات فإنها مبنية على المضايقة والماسكة .

ولو سمي لها منفعة دار أو أرض ففي ذلك خلاف مبني على خلاف آخر هو أن المنافع مال أو ليست بمال ؟ .

فمن لم يعترف بماليتها لم يجز أن تكون مهراً ، ومن قال أنها مال أجاز جعلها مهراً غير أنه اشترط ألا يكون في هذه المنفعة امتهان لكرامة الزوج وقلب للموضوع كما إذا تزوجها على أن يقوم بخدمتها سنة إذ كيف تستقيم الحياة الزوجية ومقتضى عقدها أن تكون المرأة في خدمة زوجها طائعة لأمره فيصبح خادماً لها متمثلاً لأمرها بموجب هذا الشرط .

أما أن تكون المنفعة للمرأة هي تعليمها بعض القرآن أو الحديث أو صنعة مثلاً فهذا يصح على قول من يجعل المنافع مالا .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة - ٤٣ - من مشروع قانون الامارات على أنه : [يصلح أن يكون مهراً كل ما يصح التزامه شرعاً ، مالا كان أو عملاً ، أو منفعة مما لا ينافي كرامة الزوج وقوامته في الأسرة] .

ونصت المادة - ٣٣ - من مشروع دول مجلس التعاون على أن : [كل ما صح التزامه شرعاً صح أن يكون مهراً] .

وبهذا نرى أن المعنى واحد في كلا المشروعين وإن كان في مشروع الإمارات أشمل .

مقدار المهر :

ليس للمهر حد أعلى باتفاق الفقهاء ^(١) ، لأنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده بحد أعلى لقوله سبحانه : ﴿ .. وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً ﴾ ^(٢) .

وقد نهيت امرأة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بهذه الآية ، حينما أراد تحديد المهور ، فنهى أن يزداد في الصداق على أربعمائة درهم ، وخطب الناس فيه فقال ^(٣) : [لا تَغْلُوا في صداق النساء ، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى في الآخرة ، كان أولاكم بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما أصدق قط امرأة من نساءه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية فضة - فمن زاد على أربعمائة شيئاً ، جعلت الزيادة في بيت المال ، فقالت له امرأة من قريش بعد نزوله من على المنبر : ليس ذلك اليك يا عمر ، فقال : ولم ؟ قالت : لأن الله تعالى يقول : ﴿ وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ فقال عمر : امرأة أصابت ورجل أخطأ . وروى أبو يعلى في الكبير : فقال : اللهم عفوا ، كل الناس

(١) البدائع ٢/٢٨٦ ، فدر المختار ٢/٤٥٢ ومابعدهما ، للمذهب ٢/٥٥ ، كشاف القناع ٥/١٤٢ ،

القرائين الفقهية ٢٠٢

(٢) النساء / ٢٠ . (٣) رواه أبو حنود والزمذني وغيرهما - نيل الأوطار ٦/١٦٨ .

أفقه من عمر ، ثم رجع فركب المنبر فقال : أيها الناس ، إنى كنت نهيتكم أن تزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم ، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب ^(١) .
أما الحد الأدنى : فقد اختلف الفقهاء في مقداره .

فذهب الحنفية : إلى أن أقل المهر عشرة دراهم أو ما يساويها ، ولا يصح نقصانه عن هذا القدر ، ودليلهم في ذلك ما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : [لا مهر أقل من عشرة دراهم] وقد روى هذا المقدار عن عمر وعلى وعبد الله بن عمر ، ورأى بعض المحدثين أن في سند هذا الحديث ضعفاً ، ولكنه روى من طرق متعددة والضعف إذا روى من طرق يصير حسناً يحتاج به - ذكره النووي في شرح المهذب - .

وقاسو - الحنفية - على نصاب السرقة : وهو ما تقطع به يد السارق فإنه عندهم دينار أو عشرة دراهم ، وكان هذا التقدير - أي للمهر بهذا القدر - لمكانة المرأة - فيقدر المهر بما له أهمية .

وقد قالوا في حديث : [التمس ولو خاتماً من حديد] بأنه محمول على المعجل ، لأن العادة عندهم تمجيل بعض المهر قبل الدخول ، وقد منع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - علياً أن يدخل بفاطمة - رضى الله تعالى عنها - حتى يعطيها شيئاً ، فقال : يا رسول الله : ليس لي شيء ، فقال : اعطها درعك ، فأعطها درعه .

وذهب المالكية : إلى القول بأن أقل المهر ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة ، أو ما قيمة ذلك ، قياساً على نصاب السرقة عندهم وكذلك ما رواه أنس أنه - صلى الله عليه وسلم - رأى على عبدالرحمن بن عوف أثر صفرة فقَالَ :

(١) جمع الزوائد ٢٨٢/٤ ، الفقه الإسلامي وأصله ١ . د/ وهبة الزحيلي ٢٥٥/٧ ، ٢٥٦ .

ما هذا ؟ قال : تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب ، قال : (بارك الله لك أولم ولو بشاة)^(١) .

وكذلك فإن نصاب السرقة عندهم هو هذا المقدار ، وقد قدرت النواة من الذهب المشار إليها في الحديث - بربع دينار ، لهذا لا يصح أن يقل المهر عن هذا المقدار .

وذهب الشافعية والحنابلة : إلى القول بأنه لا حد لأقل المهر ، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا ، أو أجرة جاز أن يكون مهرًا ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَحِلْ لَكُمْ مَا وُورَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾^(٢) . فكل ما يسمى مالا ، قل أو أكثر صحت تسميته مهرًا ، ولقوله - صلى الله عليه وسلم - [التمس ولو خاتما من حديد] .

ومعلوم أن الخاتم من حديد لا يساوي عشرة دراهم ولا ثلاثة وقوله - صلى الله عليه وسلم : [لو أن رجلا أعطى امرأة صداقاً ملء يديه طعاماً كانت له حلالاً]^(٣) .

والذي أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه الحنفية ، لخطر عقد الزواج وأنه محترم فيجب أن يكون المهر ذا قيمة والقدر الذي حدد عندهم هو أقل شيء ويمكن الذهاب إليه ، وأما الحديث الذي استدلوا به وضعفه بعض العلماء فقد روى - كما سبق - من طرق متعددة تقويه ، وأما الأحاديث المذكورة سابقا التي لا تجعل للمهر حدا أدنى فهي محمولة - كما سبق - على أنه المهر المقدم .

ولكن يسن عدم المغالاة في المهر لقوله - صلى الله عليه وسلم - [إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة]^(٤) .

(١) نيل الأوطار ١٦٨/٦ . (٢) النساء / ٢٤ . (٣) نيل الأوطار ١٦٨/٦ .

(٤) رواه أحمد عن عائشة - نيل الأوطار ١٦٨/٦ - وفيه ضعف .

وروى أبو داود عن عقبة بن عامر : [خير الصداق أيسر] وقد صححه الحاكم .

والحكمة ظاهرة في عدم المغالة في المهور وهي تيسير الزواج للشباب ، حتى لا ينصرفوا عنه ، وإذا انصرفوا عن الزواج فهناك من المفاسد الخلقية والاجتماعية الكثير .
وقد نصت على هذا الفقرة الأولى من المادة - ٤٣ - من مشروع قانون الإمارات : [لا حد لأقل المهر ولا لأكثره] .

وواضح أن مشروع القانون قد أخذ برأي الشافعية والحنابلة في أن المهر لا حد لأقله .

أنواع المهر :

المهر نوعان :

١- المهر المسمى : وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح ، أو فرض بعده بالتراضي .

وواضح أن هذا المهر - المسمى - يجب أن يتحقق فيه شرطان :
أ- أن يكون العقد صحيحاً : بمعنى أنه لو كان فاسداً لا يجب المهر بالعقد لذاته ، حيث إنه لا يبيح لهما الاستمتاع ، فإذا ما حدث - وعصى ربه - ودخل بزوجه بناء على هذا العقد وجب عليه هنا أن يدفع الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ، وهذا ما ذهب إليه أبوحنيفة وصاحباؤه ، ومهر المثل بالغاً ما بلغ على رأي زفر ، لأن تسميته هنا قد فسدت بفساد العقد فيرجع إلى مهر المثل .

ب- أن تكون التسمية صحيحة : بمعنى أن تكون بمال متقوم معلوم ، أو منفعة معلومة تقابل بمال - كما سبق - .

أما إذا كانت التسمية غير صحيحة ، فلا يجب المهر المسمى ، ويجب للزوجة هنا مهر مثلها لأن التسمية لما فسدت ، وجب أن نرجع إلى مهر المثل .

٢- مهر المثل : وهو مهر امرأة من قوم أبيها ، كأختها وعمتها ، فإن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها ، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كآسرة أبيها .

والمائلة تكون في الصفات التي يحبها الناس ، ويتغير المهر على حسبها ، مثل العقل والجمال والمال والسن ...

ويجب مهر المثل في حالات ثلاث :

أ- إذا لم يسميا مهراً وقت العقد ، بأن صدرت الصيغة : زوجيني نفسك بدون ذكر للمهر ، فتقول المرأة : قبلت ، أو تقول المرأة : زوجتك نفسي ، فيقول الرجل لها : قبلت ، ففي هذه الحالة يجب مهر المثل . وقد ثبت أنه - صلى الله عليه وسلم - : [قضى في بروع بنت واشق الأشمعية حينما مات زوجها ولم يكن قد سمى لها مهراً ، بأن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط] ^(١) .

فقد دل هذا الحديث على وجوب مهر المثل للمرأة إذا لم يكن قد سُمي عند عقد الزواج .

ب- إذا اتفق الزوجان على نفى المهر : فالواجب في هذه الحالة مهر المثل ،

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ١٧٧/٣ .

لأن العقد هنا - مع نفى المهر - صحيح ، لأن المهر ليس ركناً ولا شرطاً فيصح بدونه ، وهذا الشرط فاسد ، وفساد الشرط لا يعود على العقد بالبطلان ، وإنما يفسد الشرط ويبقى العقد صحيحاً .

ج- إذا سمي المهر عند العقد تسمية غير صحيحة ، كأن كان المسمى لا يعتبر مالاً - في الاسلام - كالخمر والخنزير ، أو مالاً غير أنه لا ينتفع به ، أو كان شيئاً مجهولاً جهالة قاحشة ، ففي هذه الأمور يكون الواجب مهر المثل وتلغى التسمية غير الصحيحة .

وقد نصت المادة (٤٤) من مشروع قانون الإمارات على ما يأتي :

[٩- إذا سُمي في العقد مهر تسمية صحيحة وجب للمرأة ذلك المسمى .

٢- وإذا لم يسم لها في العقد مهر ، أو سمي تسمية غير صحيحة ، أو نفى أصلاً ، وجب لها مهر المثل] . ومشروع دول مجلس التعاون لم يتعرض لنوعي المهر - المسمى ومهر المثل - .

ويتضح من هذا أن مشروع الإمارات في هذه المادة قد ذهب إلى ما ذهب إليه الفقهاء بالنسبة لنوعي المهر .

متى يجب المهر كله :

المهر يجب بالعقد الصحيح ، ولكن وجوبه لا يكون مستقراً وثابتاً بل يكون قابلاً للسقوط كله أو شطره ، إذا لم يوجد ما يؤكد ، فإذا حصل المؤكد صار المهر غير قابل للسقوط ، وكذلك يتأكد المهر للمرأة بالدخول بالعقد الفاسد ، لأن العقد الفاسد وحده لا يوجب حكماً شرعياً ، وإنما الذي يوجب الدخول بالعقد الفاسد ، فتجب

بعض الأحكام ومنها وجوب المهر كما مر ومؤكدات المهر في العقد الصحيح بواحد من ثلاثة :-

أولها : الدخول الحقيقي .

ثانيها : الموت .

وثالثا : الخلوة الصحيحة .

أما أولها : فالدخول الحقيقي : يؤكد المهر سواء أكان مهر المثل أم كان المسمى ، وسواء أكانت التسمية وقت العقد أم كانت بعده ، فإن حصل دخول لا يسقط من المهر شيء لأن النصوص التي وردت في إسقاط المهر قيدت بحصولها قبل الدخول ، وبالدخول قد استوفى الزوج حقه ، ومعلوم أن الدخول بالعقد الفاسد يوجب المهر وهو غير قابل للسقوط ، فكان من باب أولى أن يؤكد - الدخول - في النكاح الصحيح ويجعله غير قابل للسقوط ، والمهر إذا تأكد للزوجة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، لقوله سبحانه : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا وإثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا ﴾^(١) .

فقد نصت الآية الكريمة على أن الدخول بها ، لا يجوز لزوجها أن يأخذ من مهرها شيئا لقوله سبحانه : [وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض] .

وأما ثانيها : فالموت : فإذا مات أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة فقد ثبت المهر كله ، سواء أكان الموت طبيعيا ، أو يقتل أجنبي لأحدهما أو

(١) النساء / ٢٠ ، ٢١ .

بقتل الزوج زوجته أو بقتل الزوج نفسه ، فكل هذا يؤكد المهر ولا خلاف عليه بين الفقهاء . ولكن ما الحكم لو أن الزوجة قتلت زوجها أو نفسها قبل الدخول ؟

فمذهب الحنفية على أن المهر يتأكد بالموت أيا كان طريقه ، لأن المسقط لابد أن يكون في حال الحياة فإذا انتهت بدون إسقاط فلا يسقط وإنما يتأكد ، ويخالف زفر في هذا حيث يقول : إن المهر كله يسقط بقتل الزوجة لنفسها ، لأنها قوتت زوجها حقه عليها فسقط مهرها كله بذلك ، وهذا شبيه بمن ارتدت قبل الدخول بها ، فالمرتدة مهرها يسقط ، فكذلك من قتلت نفسها .

ويرى الأئمة الثلاثة وزفر من الحنفية بأن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول والخلو سقط مهرها كله ، لأنها قد أنهت حياة زوجها بالجناية عليه . ويسقط حقها في الميراث بذلك فكان من باب أولى أن يسقط حقها في المهر ولكن المعمول به هو مذهب الحنفية - ما عدا زفر - وهو أن الموت يؤكد المهر في كل صور . ولا شك أن رأي الأئمة الثلاثة وزفر هو الأعدل والأقوم ، إذ كيف تنعم المرأة بهذا المال مع العلم بأنها هي التي كانت السبب في إنهاء حياة زوجها ؟

وأما ثالثها : الخلو الصحيح : ويراد بها إجتماع الزوجين وحدهما بعد العقد الصحيح ويكون هذا بمكان يأمنان فيه من دخول الغير عليهما ، ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول الحقيقي ، وذلك كأن يحصل الاجتماع في نهار رمضان ، أو تكون صغيرة أو يكون بها عيب ، وهي الموانع الشرعية والطبيعية والحسية .

فإذا حصلت هذه الخلو على هذا النحو فقد تأكد المهر ووجب العدة ولو لم يحصل في الاجتماع دخول حقيقي . وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة - ثم زاد الحنابلة مؤكداً آخر وهو ما يعد من مقدمات الجماع كاللتقيب ، واللمس بشهوة ولو

حصل في اجتماع الناس وقد استدلووا على مذهبهم بالآتي :

يقول سبحانه : ﴿ وَإِنْ أَرَيْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتَانًا وَاتِّعَا مَبِينًا ... ﴾ .

فالله سبحانه قد أوجب المهر كله للزوجة بعد الإفضاء ، وقد فسر الحنفية بأنه الاختلاء بالزوجة .

وعنه - صلى الله عليه وسلم - : [من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل] .

فالحديث قد دل على وجوب الصداق بمجرد الخلوة بالزوجة ، وقد عمل الصحابة بذلك ، فقد روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل ، أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق [^(١)] .

الرأي الثاني : وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية : من أن الخلوة الصحيحة لا تؤكد وجوب المهر ، لأن التوكيد لا يكون إلا بالتسليم الكامل وهو الوطء وإن كان طلاق المرأة قبل الدخول بها يوجب نصف المهر لقوله سبحانه : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ ^(٢) .

فقد أوضحت الآية الكريمة أن المرأة التي طلقت قبل المس وكان قد سمى لها مهراً ، فقد وجب لها نصف المهر ، وهذا يوضح أن الخلوة وحدها بدون مخالطة لا تؤكد المهر كله للزوجة .

(١) اللوطا ٣٢٧/٥ .

(٢) البقرة ٢٣٧ .

وقد فسر أصحاب هذا الرأي قوله سبحانه : ﴿ وقد أفضى بعضكم الى بعض ... ﴾ بالمخالطة لا بالخلو .

وان كان للإمام مالك : رأي آخر وهو أنه يعتبر انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ، والإقامة فيه عاما مع توافر كل الأسباب بمعنى أن يكون بالغا ، وإطاعتها مع اتفاقهما على عدم الوطء ، مؤكداً للمهر ، لأن هذه الإقامة تنزل منزلة الدخول الحقيقي .

واعتقد أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الرأي الأول لقوة أدلته - وهو الذي عليه العمل بالمحاكم بجمهورية مصر العربية .

وقد نصت المادة (٤٩) من مشروع قانون الامارات على تأكيد حق الزوجة في جميع المهر ونصها : [يتأكد حق الزوجة في جميع المهر :
أ - بالدخول الحقيقي .
ب - بالخلو الصحيحة .

ج - بموت أحد الزوجين قبل الدخول والخلو الصحيحة] وهذا ما نصت عليه المادة - ٣٥ - في الفقرة ب من مشروع دول مجلس التعاون كما ذكر سابقا .

المقارنة بين الخلو والدخول الحقيقي :

ما يشتركان فيه من أحكام :

١ - تأكيد المهر كله للزوجة كما سبق هذا .

٢ - وجوب العدة على الزوجة بعد الدخول ، وكذلك بعد الخلو الصحيحة إلا أن وجوبها بالدخول وجوب قضاء وديانة ، لأنها حق الشارع وحق الولد الذي قد

يأتي ثمره هذا الدخول ، أما في حالة الخلوة فوجوبها قضاء فقط ، أي إذا رفع أمرها إلى القضاء ، لكن المرأة إذا كانت متيقنة بعدم الخالطة أثناء الخلوة فإنه يحل لها ديانة أن تتزوج من غير أن تعتد بعد ذلك الطلاق ، لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة فلا يوجب العدة . كما ذهب إلى هذا بعض الحنفية ، وإذا وجبت العدة على الزوجة بالفرفة بعد الخلوة الصحيحة ترتبت عليها أحكام العدة وهي :-

أ - وجوب النفقة بأنواعها التي تثبت لكل معتدة .

ب- حرمة التزوج من امرأة أخرى تكون محرماً للمعتدة مادامت في عدتها حتى لا يكون جامعاً بين محرمين .

ج- يحرم عليه التزوج بخامسة مادامت العدة قائمة إذا كان له ثلاث زوجات غير تلك المطلقة .

٣- كذلك تشترك الخلوة مع الدخول بالزوجة في ثبوت نسب الولد من الزوج إذا توافرت شروط ثبوت النسب ، كما يثبت نسبه منه بعد الدخول .

وهذا في واقع الأمر ليس حكماً للدخول ولا للخلوة ، بل هو حكم لعقد الزواج الصحيح وإن لم يعقبه دخول ولا خلوة كما يذهب إلى ذلك الحنفية^(١) احتياطاً منهم وحرصاً على عدم ضياع الولد .

(١) ويمكن تصوير هذا ، وهو جعل ثبوت النسب حكماً للخلوة كالدخول فيما إذا كان الطلاق بعد الخلوة وأنت بهذا الولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فإن نسب هذا الولد يثبت منه كما لو طلقها بعد الدخول وأنت بالولد في تلك المدة فإن نسب يثبت ، أما إذا طلقها قبل الدخول أو الخلوة فإن نسب لا يثبت إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق .

أما ما يختلفان فيه :

١- بنت الزوجة تحرم بالدخول الحقيقي بها ، أما مجرد الخلوة الصحيحة فلا يترتب عليها حرمة البنت ، فإذا تزوج رجل امرأة وتم الدخول بها ثم طلقها فإنه يحرم عليه التزوج بإحدى بنات هذه الزوجة بعد ذلك ، أما لو حدث وكان التطبيق بعد الخلوة بها فإنه يحل له أن يتزوج بإحدى بناتها ، لأن القرآن الكريم علق تحريم الربائب على الدخول .

﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾^(١) .

٢- بالدخول الحقيقي تحل الزوجة إذا طلقها زوجها ثلاثا ، فإذا طلق رجل زوجته ثلاثا فإنها لا تحل له بعد ذلك حتى تتزوج بآخر ، فإذا تزوجها الثاني ودخل بها دخولا حقيقيا ثم طلقها وانقضت عدتها حلت للأول ، أما لو حدث الطلاق بعد الخلوة الصحيحة فلا تحل له لقوله - صلى الله عليه وسلم - [لا حتى تنوقي عسيلة وينوq عسيلتك]^(٢) وهذا معناه الدخول الحقيقي فيبقى مادونه على التحريم .

٣- الطلاق الواقع بعد الدخول الحقيقي إما أن يكون رجعيا أو بائنا ، ولكنه بعد الخلوة الصحيحة فإنه لا يكون إلا بائنا على أي صورة وقع من الزوج ، ويترتب على هذا أن المطلق بعد الدخول يستطيع مراجعة زوجته بدون حاجة إلى عقد جديد إذا كان هذا الطلاق رجعيا ، أما المطلق بعد الخلوة فلا يستطيع إرجاعها إلا بعقد جديد .

٤- المدخول بها إذا تزوجت - بعد زواجها الأول - فلا بد من إذنها الصريح

(١) سبق تحقيقها . (٢) سبق تحقيقه .

لتحقق رضاها لأنها تعامل معاملة الثيبات ، أما المختلى بها فقط فإنه يكفي للدلالة على رضاها سكوتها لأنها تعامل معاملة الأيكار .

٥- وبالنسبة للميراث فإذا حدث الطلاق بعد الخلوة الصحيحة ومات أحدهما في أثناء العدة فلا يرث أحدهما الآخر ، لأن الطلاق بعدها يكون بائناً على أي حال وقع ، ولا يرث في عدة البائن . يستوي في ذلك أن يكون طلاقه فراراً من الميراث وهو الطلاق الذي يحدث في مرض الموت من غير رضاها أو لم يكن كذلك .

أما إذا كان الطلاق بعد الدخول ومات أحدهما في العدة ، فإن كل واحد منهما يرث الآخر إذا كان الطلاق رجعياً ، وكذلك ترث الزوجة في عدة الطلاق البائن إذا كان هذا الطلاق في مرض موته ، لأنه في هذه الحالة يعتبر الزوج فاراً من الميراث فيعامل بتقيض مقصوده . والميراث لا يثبت إلا باليقين لأنه حق مالي لا يثبت احتياطاً . ولهذا اختلف الموقف هنا عن الخلوة الصحيحة .

٦- الدخول يجعل كلا من الزوج والزوجة محصنين لهذا إذا وقع منهما زنا تطبق عليهما عقوبة الرجم ، أما بالنسبة للخلوة الصحيحة فلا تجعلهما محصنين لذلك تطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنى إن لم يكن قد سبق لهما زواج ودخول .

الاختلاف في حصول الخلوة :

إذا اتفق الزوج والزوجة بعد الطلاق قبل الدخول على أن هذا الطلاق قد حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت أحكامها الخاصة بها - السابقة - وإن اختلفا في ذلك فقالت المرأة : إنه حصل بعد الخلوة ، وقال الرجل : إنه حصل قبل الخلوة ، كان على المرأة البينة لإثبات دعواها ، لأنها تدعي خلاف الأصل إذ الأصل عدم الخلوة لأنها طارئة عليه ، ومن يدعي خلاف الأصل عليه إثبات مدعاه . فإن أقامت البينة

كان لها المهر كله ، وإن عجزت عن إقامة البينة لم يبق إلا اليمين ويُحكم بمقتضاه .
ولكن لأي منهما يوجه اليمين ؟

قولان للحنفية في هذا :

أولاهما : أن اليمين يوجه إلى الرجل ، فإن حلف أن الطلاق كان قبل الخلوة قضى بقوله ، لهذا لا تستحق إلا نصف المهر إن كان مسمى ، فإن لم يكن مسمى تسمية صحيحة ، أو كان غير مسمى أصلا فلها المصلحة .

وثانيهما : أننا نوجه اليمين إلى المرأة ، فإذا حلفت على ماتدعيه من أن الطلاق كان بعد الخلوة الصحيحة استحققت كل المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

وإذا طبقت قاعدة [البينة على المدعي واليمين على من أنكر] فإنني أرجح الرأي الأول لأن الخلاف بين الاثنين هنا على مؤكد المهر وهو الخلوة والمرأة تدعيه والرجل ينكره .

أما القول الثاني : الذي يرجحه ابن عابدين من توجيه اليمين إلى الزوجة لأنها منكراً لتنصف المهر ، فهو في الحقيقة ترجيح غير مسلم به ، لأنه يترتب عليه أن تكون المرأة مدعية ومنكرة في وقت واحد ويكون الرجل غير ذي صفة في هذا النزاع^(١) .

متى ينتصف المهر ؟

إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول بها وكان قد فرض لها مهرًا فإنها تستحق نصف هذا المهر ، وهو ما جاء صراحة في القرآن الكريم يقول سبحانه :
:

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ. د / محمد خليفي ص ٣٩٩ - ٤٠٣ .

﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير ﴾^(١).

هذه الآية الكريمة توضح بأن المرأة إذا طلقت قبل الدخول بها وكان قد فرض لها مهراً معلوماً فيكون من حقها نصفه . هذا هو الأصل .

لكن القرآن الكريم يترك الأمر بعد ذلك للمعفو والسماحة والكرم ، فللزوجة أو وليها أن يترك وأن يعفو بعد أن ثبت لها حقها من عند الله تعالى ، وكذلك أرشد الأزواج إلى عدم المطالبة بما يستحقون من التصنيف لو قدم أحدهم جميع المهر ثم حدث الافتراق ﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ .

وروى الدار قطنى عن جبير بن مطعم أنه تزوج امرأة من بني نصر فطلقها قبل أن يدخل بها فأرسل إليها بالمهر كاملاً وقال : يقول الله تعالى : (إلا أن يعفون) وأنا أحق بالمعفو منها .

ثم نجد بعد ذلك القرآن الكريم يذكرهم بالصفاء والمودة بقوله : ﴿ ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير ﴾ .

ويشترط لكي تستحق المرأة قبل الدخول نصف المهر شروط أربعة :

الأول : أن يكون عقد الزواج صحيحاً .

الثاني : أن يكون المهر متفقاً عليه بين الطرفين .

الثالث : أن يكون الطلاق أو الفسخ بسبب من قبل الزوج^(٢) .

(١) البقرة / ٢٣٧ . (٢) إلا إذا اختار الفسخ عند البلوغ وحكم له القاضي بذلك .

الرابع : أن يكون الطلاق او الفسخ من قبل الدخول أو قبل الخلوة الصحيحة .

إذا توافرت هذه الشروط الأربعة وجب للمرأة نصف المهر المسمى .

واختلف الفقهاء في مسألتين حول التنصيف قبل الدخول :

الأولى : تنصيف المفروض بعد العقد .

الثانية : والزيادة في المهر بعد العقد .

أما الأولى : وهي التي لم يذكر المهر حين العقد ، وإنما فرض بعده بالتراضي أو بقضاء القاضي فقد قال الحنفية : بأن المفروض من المهر بعد العقد لا يقتصف ، لاختصاص التنصيف بالمفروض في العقد بالنص القرآني الذي سبق ، بل الواجب هنا المتعة فقط للمرأة ، فلو حدثت الفرقة قبل الدخول والخلوة وجب لها المتعة فقط .

أما الجمهور فإنهم قالوا : بتنصيف المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد ، فلو حصلت الفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة عند الحنابلة ، كان للمرأة نصف المفروض لا المتعة .

وأما الثانية : وهي الزيادة الحادثة من الزوج بعد العقد على المهر المسمى .

فقد قال الحنفية : بسقوط هذه الزيادة عن الزوج ، ولا تتنصف قبل الدخول والخلوة .

أما الجمهور فقد قالوا : بعدم سقوط هذه الزيادة عن الزوج وتتنصف كالمسمى في العقد^(١) ومشروع قانون الامارات في المادة - ٥١ - قد نص على ما يأتي :

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ١ ، د / وهبه الزحيلي ٧ / ٢٩٤ .

١- يجب للزوجة بالطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة نصف مهرها المسمى في العقد .

٢- إذا كانت الزوجة قد وهبت للزوج نصف مهرها أو أكثر ، ولو بعد القبض لا يرجع الزوج عليها بشيء في الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وإن كان ما وهبته أقل من النصف رجع عليها بما يكمل النصف .

٣- يسرى حكم الفقرتين السابقتين على المبانة بعد الدخول اذا تزوجها من بانت منه قبل انقضاء عدتها ثم طلقها قبل دخول جديد أو خلوة صحيحة .

وقد نص في المادة - ٥٢ - منه على [إذا وقعت الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجبت للمرأة ، فضلا عما تستحقه من نصف المهر ، متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل دفعة واحدة أو مقسطة] وكذلك نصت المادة - ٥٣ - منه على الآتي [يسقط المهر والمتعة إذا وقعت الفرقة قبل الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة بالعقد الصحيح بسبب من جانب الزوجة] .

وبهذا يتضح الآتي : الفقرة (٣) من المادة - ٥١ - نراها تخالف الآية الكريمة التي أوجبت نصف المهر قبل الدخول .

كذلك نرى المادة - ٥٣ - قد أخذت بالقاعدة التي تقول (لا ضرر ولا ضرار) وهو حديث شريف لأن الزوجة حينما تكون هي السبب بالنسبة لهذه الفرقة وفي هذا الحاق ضرر بالزوج لهذا كان من العدل أن تتحمل مسئولية ذلك .

وقد نص المشروع الموحد لدول مجلس التعاون في المادة - ٣٥ - فقرة (ب) [... وتستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى ، وإلا حكم لها القاضي بمتعة] .

وبهذا نرى فرقا بين مشروعى الإمارات ومشروع دول مجلس التعاون ،
فالأخير جعل المتعة للمرأة التي طلقت قبل الدخول ولم يكن لها مهر مسمى ، وهذا ما
جاء في الآية الكريمة ، أما مشروع الإمارات فقد أوجب المتعة مع نصف المهر .

سقوط المهر كله :

بعد الحديث عن ما يؤكد المهر كله للزوجة ، وما يسقط نصفه ، كان ولا بد
من الكلام عن سقوط المهر كله عن الزوج ، وعدم استحقاق الزوجة لشيء منه .

يسقط المهر كله عن الزوج في الأحوال الأربعة الآتية ^(١) :

١- إذا حصلت الفرقة بخيار البلوغ أو الافاقة من أحد الزوجين قبل الدخول
أو الخلوة الصحيحة لأن هذا الفسخ نقض للعقد من اصله فلا يترتب عليه شيء من آثار
العقد الصحيح .

وكل واحد من الزوجين لا يكون متعددا في طلب فسخ العقد لأنه استعمل حقه
الشرعي .

٢- إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب من جهة
الزوجة هو معصية كامتناع عن الإسلام إن أسلم زوجها وقد كانا مشركين ، أو ارتكابها
مع أصوله أو فروعه ما يوجب تحريمها على الزوج كالوطء والتقبيل بشهوة ، وهذا
عمل شائن والمعصية لا توجب حقا .

٣- إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بناء على طلب الولي

(١) البدائع ٢/٢٩٥ - ٢٩٦ ، مفتح المحتاج ٣/٢٣٤ ، كشاف القناع ٥/١٦٥ ، ١٦٧ ، الأحرار
الشخصية ١ ، د / محمد مصطفى شحاته الحسيني ص ٧١ .

لعدم الكفاءة عند من يرى أن العقد غير لازم بالنسبة للولي لأن الفسخ نقض للعقد من أصله فلا يترتب عليه أثر .

٤- إذا أبرأت الزوجة زوجها منه أو وهبته له لأنه خالص حقها بعد تقريره ، تتصرف به كما تشاء ومشروع قانون الامارات لم يتعرض لسقوط المهر إلا في حالة واحدة فقط وهي مانصت عليه المادة - ٥٣ - : [يسقط المهر والمتعة إذا وقعت الفرقة قبل الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة بالعقد الصحيح بسبب من جانب الزوجة] .

القتران المهر بالشروط :

قد يقرن المهر - وهو أثر من آثار العقد - بشروط أهمها ما يأتي :

١- أن يقرن شرط المهر بمنفعة الزوج أو وصف محبوب له مثل أن يتزوجها بألف درهم على أن تنتقل معه في أي وقت شاء إلى أي بلد شاء ، في هذه الحالة يكون لها المسمى إن تحقق الشرط ، وإن لم يتحقق كان الواجب مهر المثل بشرط أن لا يزيد عن المسمى ، لأن المسمى إن كان أكثر من مهر المثل فلم يرض بالزائد إلا في مقابل المنفعة أو الوصف المحبوب ولم يتحقق مطلوبه فيرجع إلى مهر المثل وإن كان أقل من مهر المثل فلا يزداد عن المسمى لأنها رضىت به طائفة أن تقبل الأقل مع تحقيق شرط عليها لا لها ، فالولى أن ترضى به دون تحقيق هذا الشرط .

٢- وإما أن يقرن شرط المهر بمنفعة للزوجة أو وصف مرغوب لها كأن تتزوج ، بألفي درهم على أن لا يتزوج عليها أو على أن لا ينقلها من بلدها ، في هذه الحالة إن تحقق الشرط فلها المسمى وإن لم يتحقق فلها مهر المثل إن كان المسمى أقل منه لأنها ما رضىت بالأقل إلا لمصلحة فإن لم توجد فقد انعدم الرضا به وصار كأن لم

يكن وإن كان أكثر فلها المسمى لأنه رضي بالزائد مع تحقيق شرط عليه لا له فلأن ،
يرضى بهذا الزائد من غير مطالبة بتحقيق الشرط من باب أولى . أما إذا اقترن بمنفعة
غير مباحة مثل أن يطعمها لحم الميتة فلها المسمى ، تحقق الشرط أم لم يتحقق ، إذ
لا اعتبار بشرط محظور .

٣- أن يقترن شرط المهر بتقديرين مختلفين كأن يتزوجها على ألف درهم إن
أقام بها في مدينة ما وعلى ألفي درهم إذا سافر بها ، فقد اختلف الحنفية في حكمه .
فيرى الإمام أنه إذا تحقق الشرط الأول يكون لها المسمى وإن لم يتحقق فالواجب مهر
المثل لا يزيد على الألفين ولا يقل عن الألف لأن إحدى التسميتين منجزة والأخرى
معلقة فلا يجتمع في الحال تسميتان فإذا سافر بها فقد اجتمعنا فتفسدان وذلك لأن
المعلق لا يوجد قبل شرطه والمنجز لا ينعقد بوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عند وجود
الشرط لا قبله . فتوجد الجهالة فيصار إلى مهر المثل .

وذهب الصحابان إلى أن التسميتين صحيحتان فأى الشرطين تحقق فالواجب
ما ساء له لأن كل تقدير له تسمية واحدة قد اتفقا عليها بلا ضرر يعود على
أحدهما ، فالشرطان جائزان وقال زفر : الشرطان فاسدان لأنه ذكر للبضع بدلين على
سبيل البذل لا على سبيل الاجتماع فوجدت الجهالة في التسمية فيصار إلى مهر المثل
في الحالتين لا يزيد على الألفين لرضاها به ولا ينقص عن الألف لرضاها به .

٤- أن يقترن شرط المهر بتسمية معلقة على شرط ، مساوية لمهر المثل وفي
هذه الحالة يجب المسمى تحقق الشرط أم لم يتحقق وسواء كان لمصلحة الزوج أم
لمصلحة الزوجة إذ عند الاختلاف في مسائل المهر يرجع إلى مهر المثل والتسمية هنا
معادلة له ، فلا وجه للمدول عنها .

وإذا اتفق الزوجان على تأجيل المهر كله إلى وقت معلوم فيرى الطرفان في هذه الحالة أنه يجب على الزوجة امتثال أمر زوجها وله أن يطلبها في محل طاعته شرعا لأنها أسقطت حقها في تعجيل المهر برضاها وهذا لا يؤثر في إسقاط حقه في وجوب طاعتها له وتنفيذ ما يقتضيه عقد الزواج .

وذهب أبو يوسف إلى أنه ليس له أن يطلبها بموجبيات العقد إلا إذا أدى جميع ما عليه من المهر فإذا رضى بتأجيله فكانه رضى ضمناً بتأجيل حقوقه الزوجية إلى وقت سداده إذ الحقوق في الزواج متقابلة ، فوجب عليه المهر والنفقة في مقابل ثبوت حق الطاعة عليها وامتثال أمره وإجابة دعوته متى شاء ^(١) .

تعجيل المهر وتأجيله : إن التشريع الإسلامي رغم أنه جعل المهر حقا واجبا للزوجة إلا أنه لا يلزم الزوج بدفع مهر زوجته عند حصول عقد الزواج بل يجوز حسب الاتفاق تعجيله كله أو تأخيرها كله ، أو تعجيل جزء منه وتأخير جزء آخر حسب الاتفاق الذي حدث بينهما فإنه يعمل به .

أما إذا سمي المهر وأطلقا ولم يتفقا على معجل أو مؤجل ، فقد ذهب البعض إلى أنه يطبق عرف البلد لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا بينما يرى البعض أن الأصل في الصداق أن يكون معجلا ، فإن لم يذكر شيئا كان كله معجلا منجز الدفع .

ويترتب على معرفة الصداق المعجل أن الزوجة لها حق الامتناع عن تسليم نفسها للزوج حتى تقبض الصداق الحال . أما لو كان مؤجلا فليس لها حق الامتناع ، فإن حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع .

(١) الأحوال الشخصية ٢ د / محمد مصطفى شحاته الحسيني ص ٧٣ ، ص ٧٤ ، ص ٧٥ .

إختلاف الزوجين في المهر ^(١) :

الاختلاف في المهر له حالات ثلاث : إما أن يكون في تسمية المهر ، أو في مقداره ، أو في قبضه .

فإن كانت الحالة الأولى : وهي الاختلاف في تسمية المهر ، فقد قال الحنفية : إن اختلفا في التسمية بعد الدخول فالبينة على مدعى التسمية فإن أقامها قضى بها ، وإن عجز وجهت اليمين إلى الدعي عليه فإن نكل قضى عليه بنكوله وإن حلف قضى بمهر المثل إذ يتقرر بهذه الدعوة عدم التسمية والواجب حينئذ مهر المثل ، وإن كان قبل الدخول وبعد الطلاق فالحكم هنا أنه تجب المتعة باتفاق أئمة الحنفية كما اتفقوا في الحكم السابق .

ويشترط ألا يزيد مهر المثل عن المسمى إن كانت هي التي ادعت التسمية لأنها رضيت بذلك القدر ، ولا ينقص عنه إن كان مدعي التسمية هو الزوج لأنه رضي بالزائد ، هذا إذا كان الاختلاف في حياة الزوجين .

وأما إذا كان بعد وفاتها فالحكم كذلك عند الصحابين بمعنى أنه يحكم بالمسمى عند ثبوته وبمهر المثل إن لم يثبت بحيث لا يزيد عما يدعيه ورثتها ولا ينقص عما يدعيه ورثته ، وهذا لأن النكاح ثبت ولم توجد التسمية فيجب مهر المثل ، وهو صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

(١) البدائع ٣٠٤/٢ - ٣٠٨ ، الشرح الصغير ٤٩١/٢ - ٤٩٦ ، بداية المجتهد ٢٩/٢ - ٣١ مغني المحتاج ٢٤٢/٣ - ٢٤٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٠٧/٧ - ٣١١ ، أحكام الأسرة في الإسلام . ٤٢٤ ، ٤٢٣ .

ويرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا أمكن إثبات المسمى قضى به وإن لم يمكن فلا يقضى بشيء من مهر المثل لتقدم العهد وانقراض الأقران الذين يقدر على أساسهم ، وأما إذا لم يتقدم العهد فيحكم بمهر المثل ك رأي الصحابين .

وقال المالكية : إن أقام الدعى البينة على ما يدعيه قضى بما ادعى ، وإن لم يقم البينة ، كان القول قول من يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه ، فإن ادعى الزوج أنه تزوج تفويضا هذه المرأة بدون تسمية عند معتادى التفويض وادعت هي التسمية ، فالتقول له بيمينه ، ولو بعد الدخول أو الموت أو الطلاق ، فيلزمه أن يفرض لها صداق المثل بعد الدخول ، ولا شيء عليه في الطلاق أو الموت قبل الدخول ، فإن كان المعتاد هو التسمية فالتقول قول المرأة بيمينها ، وثبت النكاح .

وأما الشافعية فقد قالو : لو ادعت المرأة تسميته ولكنه أنكر - زوجها - قائلا : لم تقع تسمية ولم يدع تفويضا تحالفا في الأصح ، لأن حاصله الاختلاف في قدر المهر ، لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعى زيادة عليه . وبالتحالف : ينتفى بيمين كل واحد منهما دعوى صاحبه ، فيبقى العقد بلا تسمية ، حينئذ يجب مهر المثل .

وإن كانت الحالة الثانية : بأن اختلفا في القدر المسمى ، فقد ذهب الطرفان إلى القول : بأن كلا منهما يصلح أن يكون مدعيا بمعنى إذا أقام أحدهما بينة عمل بها ، وإن أقاما بينتين ، فالراجحة هي التي لا يشهد لها مهر المثل : فإن كان مهر المثل أقل مما يدعى الزوج أو مساويا له فبينتها أولى وإن كان أكثر مما تدعيه الزوجة أو مساويا له فبينته أولى ، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر كما تقرر هذا في القواعد الفقهية .

وإن كان مهر المثل لا يشهد لأحدهما بأن كان أكثر مما يدعيه الزوج وأقل مما تدعيه الزوجة . ففي هذه الحالة تسميط البينتان ويصار إلى مهر المثل .

وإن لم يكن لأحدهما بيعة فالقول لمن يشهد له مهر المثل لأنه الظاهر وإن كان لا يشهد لأحدهما تحالفا فإن امتنع أحدهما قضى بنكوله وإن حلف قضى بمهر المثل . ويرى الإمام أبو يوسف : أنه عند الاختلاف في مقدار المسمى تكون مدعية للزيادة وهو منكر لها ، فإن أقامت البيعة قضى بها وإن عجزت فالقول قوله مع يمينه مالم يصادم العرف الواضح ، فعند ذلك يصار إلى مهر المثل .

وقال المالكية : ^(١) . إذا تنازع الزوجان في مقدار المهر : فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاساخا وبدأت هي باليمين ، ويقضى لمن كان قوله أشبه بالتعارف المعتاد بين أهل بلديهما ، ومن نكل منهما عن اليمين قضى عليه مع يمين صاحبه أي حلف الآخر ، وقضى له بما ادعاه ولا يفرق بينهما . وإن لم يكن قول أحدهما يشبه التعارف تحالفا ، بمعنى أن يحلف كل منهما على ما ادعى ونفى مادعاه الآخر ، لأن كلا منهما يعتبر مدعي ومدعي عليه ، فإن حلفا أو امتنعا معا عن اليمين ، فرق القاضي بينهما بطلقة .

وإن كان الخلاف بعد الدخول ، فالقول قول الزوج مع يمينه .

أما الشافعية : فقد قالوا : بأنه إذا اختلف الزوجان في قدر المهر أو صفته أو أجله . تحالفا ، ويتحالف وارثهما ، أو وارث أحدهما والآخر ، فسخ المهر المسمى لصيره بالتحالف مجهولا ووجب مهر المثل .

(١) ألفه الإسلامي وأكته ٣٠٧/٧ ، ٣٠٩ .

أما الحالة الثالثة : بأن يكون الاختلاف في القبض ، بأن ادعى أنه أعطاه المهر فأنكرت أخذه ، أو ادعى أنه أعطاه مقداراً معيناً فاعترفت ببعضه ، فهذا الاختلاف إما أن يكون قبل الدخول أو بعده .

فقد ذهب الحنفية إلى القول : بأنه إذا كان قبل الدخول فعليه أن يقيم البينة بإثبات دعواه ، لأن الظاهر شاهد لها ببقاء المهر في ذمته بالعقد ، وإلا فالقول قولها مع اليمين . وإن كان هذا الاختلاف بعد الدخول بأن ادعى أنه أعطاه معجل المهر وأنكرت هي ذلك نهائياً ، فدعواها لاتسمع لمصادمتها العرف العام القاضي بتقديم بعض المهر ويقضي له بما ادعى .

وإن ادعى أنه أعطاه مقداراً معيناً وأنكرت بعضه فعليه البينة . وإلا فالقول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر شاهد لها بثبوت حقها بعد الزواج . ويمكن معرفة الدعي والمنكر بالرجوع إلى ظواهر الأحوال ، فمن كان ظاهر العرف يشهد بصحة ما يدعيه وأنه أقرب إلى الحق ، فهو المنكر لما قد يعارضه ومن كان ظاهر العرف لا يؤيده فهو المدعي لأنه هو الذي يطالب بإثبات دعواه ، فمثلاً إذا ادعى اثنان داراً وأحدهما يقيم فيها فهو المنكر لأن الظاهر يشهد بأنها ملكه لوضع يده عليها والآخر هو المدعي إذ لا شيء يؤيده فيطالب بإثبات دعواه بمسائر طرق الإثبات الشرعية .

وقد وافق المالكية الحنفية : في حالة الخلاف في قبض المعجل قبل الدخول بمعنى أن القول قولها ، وأما بعد الدخول : فالقول قوله بعد الدخول بيمينه ، إلا إذا كان هناك عرف فيرجع إليه .

وأما الشافعية فقد قالوا : بأنه إذا اتفقا على المسمى ولكنهما اختلفا في القبض ، كأن ادعى الزوج أنه قد دفعه إليها ، وأنكرت هي ذلك وادعت أنه باقٍ في ذمته ،

فالقول قول المرأة بيمينها سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده ، لأن الأصل عدم القبض ، وبقاء المهر في ذمة الزوج حتى يثبت البراءة بالأداء أو الإبراء .

تجهيز بيت الزوجية :

الجهاز هو أثاث المنزل وفرشه وأدواته ، ويوجد رأيان للفقهاء في المزم به :
ذهب الحنفية : ^(١) . إلى القول : بأن الجهاز واجب على الزوج ، كما يجب عليه النفقة والمهر الذي يدفع للمرأة ليس في مقابله الجهاز ، وإنما هو عطاء ونحلة كما سماه الله سبحانه في كتابه أو هو في مقابلة حل التمتع بها ، إذا فهو حق على الزوج لزوجته .

لكن إذا دفع الزوج مقدارا من المال في مقابلة الجهاز فماذا يكون ؟
فإن كان المال زائدا على المهر ومستقلا عنه ، هنا الزوجة ملزمة بإعداد الجهاز لأنه كالهبة بشرط العوض .

وأما إن كان المال غير مستقل عن المهر ، بأن سمي مهرا زائدا على مهر المثل ، فالصحيح - وهو ما قاله بن عابدين - أن الزوجة لا يلزمها شيء من الجهاز ، لأن الزيادة متى جعلت من ضمن المهر التحقت به وصار كله حقا خالصا لهذه الزوجة ، فلا تطالب بإنفاق شيء منه في الجهاز جبرا عنها .

وقد ذهب المالكية إلى القول : بأن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما تنقبضه من مهر . فإن لم تأخذ شيئا فلا تلزم بشيء إلا إذا كان الزوج قد اشترط عليها التجهيز ، أو كان العرف يلزمها به .

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٥٨/٢ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣١١/٧ ٣١٣ .

ودليلهم على ذلك أن العرف جرى على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية ، وأن الزوج إنما يقوم بدفع المهر لهذا الفرض ، ويلزمها أن تتجهز بالمهر على حسب العادة ، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه إلا لشرط أو عرف .

وأعتقد أن الراجح هنا هو ماذهب إليه الحنفية ، لأن الأدلة في جانبهم فالآيات التي تحدثت عن المهر بينت ووضحت أنه يقدم للزوجة عطية ونحلة أو في مقابلة التمتع بها ومعاشرتها . ولكن أستطيع أن أقول : إنه إذا كانت العادة تقضي بهذا وتقوم الزوجة أو وليها بالتجهيز حسب العادة عن طيب خاطر منها أو منه دون إلزام لهما فلا بأس بذلك ويكون هذا من قبيل التعاون على البر والتقوى .

وأما الاختلاف في الجهاز :

فقد ذهب أبوهحنفية ومحمد ومعهما المالكية إلى القول : بأن ما يصلح للرجال كالسلاح والكتب وثياب الرجال والعمامة يكون للزوج ، بمعنى أن القول فيه قوله ، لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء مثل الخمار والحلي وثياب النساء يكون لها ، بمعنى أن القول فيه قول الزوجة لأن الظاهر شاهد لها . وهذا كله عند الاختلاف ويكون كل منهما مطالب بيمينه .

أما ما يصلح لهما جميعا كالدرهم والدنانير وغيرهما ، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه ، لأن يد الزوج بالنسبة لما في البيت أقوى من يد المرأة ، لأن يده يد تصرف في المتاع ، وأما يد المرأة فهي عادة للحفظ فقط ، ويد المتصرف أقوى من يد الحافظ . وقال أبو يوسف : يكون القول قول الزوجة مع يمينها في مقدار ما يجهز به مثلها عادة ، ويكون قول الزوج في الباقي ، لأنه من الغالب ألا تزف الزوجة الى زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فيكون الظاهر شاهدا للمرأة في هذا المقدار ، لذا يكون

القول قولها فيه ، ومازاد عنه ، يكون القول فيه للزوج مع يعينه ، لأن الظاهر يشهد له بذلك .

وأعتقد أن هذا الرأي يتفق مع عادة البلاد التي تجهز فيه الزوجة بيت الزوجية .

ونقل الكاساني عن مالك والشافعي : أن كل المتاع بين الزوجين نصفان .

المتعة : ^(١) . هي ما يقدمه الزوج لزوجته بعد وقوع الطلاق بينهما قبل الدخول أو الخلوة من مال أو ما يقوم مقامه تخفيفا لما لحقها من آلام بسبب الطلاق . وتجب - عند فقهاء الحنفية - في جالة الطلاق قبل الدخول والخلوة ، إذا لم يسم المهر في حالة العقد تسمية صحيحة .

وقد استدلوا على ذلك بقوله سبحانه : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ ^(٢) .

ومعنى هذه الآية الكريمة : أنه سبحانه نفى الإثم عن الذين طلقوا النساء ولم يعطوهن شيئا من المال ماداموا لم يمسهن إلا إذا كانوا قد فرضوا لهن مقدارا من المهر ، فالإثم بعدم إعطاء المطلقات شيئا إنما يكون إذا حصل دخول أو فرضت لهن مهر ، فإذا انتفى الأمران فلا إثم ، لكن تجب المتعة للمطلقة على حسب وسع المطلق ومقدرته مع مراعاة ماتعارفه الناس في متاع مثل هذه المطلقة .

(١) الدر المختار ٤٦٠/٢ - ٤٦٢ ، الباب ١٧/٣ ، الملهب ٢ / ٢٦٣ سغني المحتاج ٢٤١/٣ وما بعده ،

المغني ٧١٢/٦ - ٧١٧ ، القوانين الفقهية ٢١٠ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٢) البقرة / ٢٣٦ .

فالمصلحة إذا في هذه الحالة حق لازم على ذلك المطلق يجب الوفاء به كما نصت على ذلك الآية السابقة والمؤكد بقوله سبحانه ﴿حقاً على المحسنين﴾ .

وهذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء - عدا المالكية - فقد قالوا : بأنها مستحبة ، ولكن الآية واضحة في الوجوب ، وخصوصاً أنها في مقابلة نصف المهر المصرح به بعد هذه الآية في قوله سبحانه : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾ .

أما ما تستحب فيه المتعة عند الحنفية فهي تكون للمطلقة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة سواء سمي لها مهراً أو لا ، وتضاف هذه المتعة إلى المهر الواجب . وكذلك المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها مهراً وذلك على الرأي المشهور عندهم ، وهناك رأي آخر ، أنه لا تستحب لها المتعة ، وليس لها إلا نصف المهر المسمى .

أما عند الشافعية : فهي واجبة لكل مطلقة مدخول بها ، ولو كان لها مهر مسمى بعد الدخول أو قبله ، لقوله سبحانه ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ﴾ ^(١) .

ولأن الله سبحانه وتعالى أوجب أن التسريح بإحسان عند الطلاق ، والمتعة من التسريح بإحسان .

مقدار المتعة :

في تقدير المتعة عند الحنفية خلاف .

(١) البقرة / ٢٤١ .

هل تقدر على حسب حال الزوج ، أم تقدر على حسب حال الزوجة ؟ .

قال أبو يوسف : تقدر على حسب حال الزوج لقوله سبحانه : ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ فصرح الآية يجعل تقدير المتعة على حسب حال الزوج ، ولأنه هو الذي سيكلف بها ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾ ^(١) .

وقال الكرخي : تقدر على حسب حال الزوجة ، لأنها مبنية على المعروف وليس منه أن تعطي ذات الثراء العظيم ملبسا خشنا لا يليق بأمثالها ، ولأنها أيضا - المتعة - قائمة مقام نصف مهر مثلها ، ومهر مثلها يراعى فيه حالها ، فكذا في المتعة .

وقال بعضهم : يراعى فيها حالها معا ، فإن كان غنيين فمتعة الأغنياء ، وإن كان فقيرين فمتعة الفقراء ، وإن كان مختلفين فمتعة الوسط .

لأنه سبحانه وتعالى اعتبر في الآية أمرين :

أحدهما : حال الرجل في يسره وعسره ، فقال سبحانه : ﴿ على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ﴾ .

وثانيهما : أن يكون مع ذلك بالمعروف ، قال سبحانه : ﴿ متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ فيلاحظ الأمران معا .

أما عند الشافعية فهناك قولان :

الأول : أنها شيء نفيس يعطيه الزوج لزوجته تطيبا لخاظرها وتخفيفا لآلامها ويكون حسب المعروف اللائق بها .

(١) البقرة / ٢٨٦ .

الثاني : أن المتعة ثلاثون درهما ، بمعنى أنه من المستحب أن لاتنقص عن هذا أو ماقيمة ذلك .

وقال أحمد بن حنبل : تقدر المتعة بحسب حال الرجل من يسر وعسر ، وأعلها رقة ، وأوسطها كسوة ، وهذا مروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - فقد قال : [أرفع المتعة الخادم ، وأوسط المتعة الكسوة ، وأدناها النفقة] .

النفقة :^(١)

بعد الحديث عن الحق الأول للزوجة وهو المهر ، كان لابد من الحديث عن الحق الثاني وهو النفقة ، إذ بمجرد إنعقاد عقد الزواج الصحيح يجب المهر وكذلك تجب النفقة ، وللحديث عنها أوضح النقاط الآتية :

تعريف النفقة :

النفقة في اللغة : هي مطلق الإخراج ، ولا تستعمل إلا في الخير بخلاف الإخراج فإنه يستعمل في الخير والشر كما تطلق على صرف الشيء في غيره ، تقول : أنفق عمره في كذا ، ونفقت بضاعته ، كما تطلق على المال المصروف في النفقة .

وتقول أنفق الرجل إذا افتقر ومنه قوله سبحانه ﴿ إذا لأمسكم خشية الإنفاق ﴾^(٢) . أي خشية الفناء والنفاذ فالنفقة ما أنفق^(٣) .

وشرعا : هي كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكنى^(٤) . وعرفا هي الطعام .

(١) الدر المختار ٨٨٦/٢ .

(٢) الإسرائ / ٢٠٠ .

(٣) مختار الصحاح ٦٧٣ / القاموس المحيط ٢٩٦/٢ .

(٤) الدر المختار ٨٨٦/٢ .

حكمها : اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة مسلمة أو كتابية حرة أو أمة - غنية أو فقيرة - واجبة على زوجها من طعام وكسوة وسكنى إذا تحققت شروط سوف أتحدث عنها بمشيئة الله تعالى - بعد قليل - .

وقد نصت المادة (٦٥) من مشروع قانون الامارات على أن النفقة الزوجية تشمل الغذاء والكسوة والسكن والخدمة ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف] .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون على النفقة إجمالاً دون تفصيل في المادة - ٣٩ - في رقم (١) فجاء بها : [حقوق الزوجة على زوجها : ١- النفقة] .

الدليل على وجوبها :

استدل الفقهاء على وجوب النفقة بالكتاب والسنة والإجماع ، والدليل العقلي .

أما للكتاب : آيات كثيرة منها قوله سبحانه : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم . ولا تضاروهن لتضيقتن عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن ﴾ ^(١) .

وقوله سبحانه : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ﴾ ^(٢) .

وقوله سبحانه : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حوليين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ^(٣) .

(١) الطلاق / ٦ . (٢) الطلاق / ٧ . (٣) البقرة / ٢٣٣ .

فدلت هذه الآيات على وجوب النفقة للزوجة ، لأن الأمر وإن كان وارداً في الآية الأولى للمطلقات ، إلا أنه يدل أيضاً على نفقة الزوجات ، والضمير في قوله سبحانه ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ يرجع إلى الوالدات ، وهن الزوجات ، بمعنى أنه سبحانه أوجب في هذه الآية على المولود له وهو الأب إتمام الوالدات وكسوتهن مقابل الإرضاع . أما قوله : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ... ﴾ فهذه الآية وردت في سياق الحديث عن الزوجات المطلقات ، وهي توجب النفقة للزوجة المطلقة على حسب يسار الزوج وإعساره ، وإذا أوجب الله النفقة للمطلقة ، فإنها تجب للزوجة من باب أولى .

وأما السنة : فأحاديث منها :

مارواه جابر بن عبد الله أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذكر في خطبته في حجة الوداع فقال [اتقوا الله في النساء ... ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف] ^(١) . وقوله - صلى الله عليه وسلم - (أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسبن ولا تضربوهن ، ولا تقبحوهن ...) ^(٢) ، وقوله - صلى الله عليه وسلم - لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان : [خذي مايكفيك وولديك بالمعروف] ^(٣) .

فقد دلت هذه الأحاديث كلها على وجوب النفقة للزوجة على زوجها وهي واضحة الدلالة على هذا .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، من

عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا ولم ينكر أحد فكان إجماعاً .

(١) رواه مسلم وأبو داود والجمع لتاج الأصول ١٤٠/٢ وماهملها . (٢) نيل الأقطار ٦ / ٢٢٥ .

(٣) رواه البخاري والنسائي وابن ماجه عن عائشة الفتح الكبير ٨٦/٢ .

وأما المعقول : فلأن النفقة تجب جزاء الاحتباس ، ومن كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه ، وذلك مثل القاضي والوالي وسائر العاملين في الدولة فإنهم قد حبسوا أنفسهم للعمل فكانت نفقتهم واجبة .

والزوجة لما كانت محبوسة من أجل زوجها ، ورعاية شئون بيتها وتربية أولادها ، فقد استحققت النفقة على زوجها .

سبب النفقة : حدث خلاف في سببها على قولين :

القول الأول : أن نفقة الزوجة على زوجها سبب وجوبها هو التمكين الناشئ عن عقد الزواج ويحصل ذلك بأن تكون قد سلمت نفسها إلى زوجها ، وتمكن من الاستمتاع بها ، ونقلها إلى حيث يريد ، وهما من أهل الاستمتاع في نكاح صحيح ، يدل على ذلك أنه - صلى الله عليه وسلم - تزوج عائشة - رضي الله عنها - ودخلت عليه بعد سنتين ولم يتفق إلا حين دخلت عليه ، ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولأنه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله ولأن العقد يوجب المهر ، فلا يوجب عوضين مختلفين . وتأسيسا على ذلك فلو امتنعت من تسليم نفسها ، أو مكنت من استمتاع دون استمتاع ، أو في منزل دون منزل ، أو في بلد دون بلد فإن النفقة لاتجب لها من حيث إنه لا يوجد التمكين التام .

ويستثنى من ذلك صورتان :

الأولى : لو منعت نفسها لتسليم المهر المعين أو الحال ، فإن لها النفقة حينئذ رغم امتناعها .

الثانية : لو أراد الزوج سفرا طويلا فلها النفقة مدة ذهابه ورجوعه .

ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية في القول الجديد والحنابلة^(١) .

القول الثاني : إن نفقة الزوجة على زوجها تجب بالعقد وتستقر بالتمكين

لأن الزوجة ممنوعة من الرجال بحبسها لها ، لأنه بمجرد العقد أصبحت محبوسة على ذمته وبحقه ، ومن حبس بحق شخص كانت نفقته عليه .

ذهب إلى ذلك الشافعي في القديم^(٢) .

وقد نصت المادة (٦٦) من مشروع قانون الامارات على الآتي : [تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح ولو كانت غنية أو مختلفة معه في الدين ، إذا سلعت نفسها إليه ولو حكما] .

ونص مشروع دول مجلس التعاون على هذا أيضا في المادة - ٥١ - وجاء بها [تجب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح ولو كانت موسرة] .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها الشروط التالية : -

١- أن يكون عقد الزواج صحيحا فإذا كان العقد فاسدا أو باطلا لا تستحق الزوجة النفقة لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ولا يستحق ما في مقابلته .

٢- أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزواج ، بأن تكون كبيرة أو صغيرة يجامع مثلها ، فإذا لم تسلم نفسها للزوج فلا يجب لها النفقة كما فعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - مع عائشة حيث عقد عليها وهي صغيرة ومكثت في بيت

(١) بدائع الصنائع ٢٠٤/٥ ، حاشية الدروري ٥٠٨/٢ ، مغني المحتاج ٤٣٥/٣ ، الكافي ٣٥٤ / ٣ .

(٢) جلال الدين المحلي ٧٧/٤ .

أبيها فلم يعطها - صلى الله عليه وسلم - نفقة ، أما لو سلمت نفسها فقد حدث خلاف في هذا :

فذهب بعض الشافعية إلى أن لها النفقة في هذه الحالة ، لأنها سلمت نفسها للزوج من غير منع ، ولكن الصحيح إنها لا تستحق النفقة ، لفقدان التمكين التام من الاستمتاع ، لأمر من جهتها .

وقال أبو يوسف : إذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع بها الزوج بالخدمة فسلمت نفسها إليه ، فإن شاء ردها ، وإن شاء أمسكها ، فإن أمسكها فلها النفقة ، وإن ردها فلا نفقة لها ، لأنها إذا لم تحتمل الوطء لم يوجد التسليم الذي أوجده العقد .

أما لو كانت كبيرة والزوج صغير فالأصح وجوب النفقة لها ، لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعزز الإستيفاء من جهته فوجب النفقة لها .

٣- أن تمكن الزوج من إستيفاء حقه الشرعي فلو فوتت عليه ذلك بدون عذر رغم احتباسها فإنها لا تستحق النفقة وكذلك إذا فوتت على الزوج حقه في احتباسها بدون مهر شرعي ويسبب ليس من جهته .

أسباب سقوط النفقة : اتضح فيما سبق أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها سواء أكانت مسلمة أم كاتبة كما سبق - ولكن هذا الواجب قد يعرض له من الأسباب ما يسقطه ، ويجعله غير واجب .

ولسقوط النفقة أسباب هي :

أ- النشوز : وهو أن تغادر الزوجة بيت زوجها بغير حق ، أو امتناعها عن الانتقال إليه ، أو منعها له من دخول مسكن الزوجية فإذا حدث منها هذا اعتبرت ناشزة وسقط حقها في النفقة ، فإن قدر الزوج على إعادتها إلى طاعته ولو جيرا عادت إليها النفقة .

وكذلك لو تمتعت زوجها من الاستمتاع بها أو وطنها بدون عذر اعتبرت كذلك ناشزة وسقطت نفقتها ، أما لو منعه لعذر فإن كانت مريضة أو بها أي مرض يضره الوطه فهي معذورة ، وتجيب لها النفقة .

وكذلك لو هربت الزوجة من منزل الزوجية أو سافرت بدون إذنه فهي ناشزة لاستحق النفقة حتى ولو كان السفر سفر حج ، لفوات الاحتباس من جهتها .

ب- الصغر : إذا كانت الزوجة صغيرة لاتطبيق الوطه ، وهو كبير أو صغير فلا نفقة لها على الأظهر .

ج - الغصب : إذا اغتصبت الزوجة بأن سطا عليها شخص أو عدة أشخاص وغابت مدة سقطت نفقتها ... أو إذا حبست بسبب من جهتها فلا نفقة لها لأنها فوتت بالاحتباس حق الزوج ^(١) .

وقد تحدثت المواد الآتية من مشروع قانون الإمارات على سقوط النفقة ، فقد نصت المادة - ٦٨ - على الآتي : [لاتجب النفقة للزوجة إذا امتنعت مختارة عن معاشره زوجها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ، وذلك بدون إخلال. بأحكام المادة السابقة] .

(١) بدائع الصنائع ٢٠٦/٥ ، روضة الطالبين ٩ / ٤٠ .

والمادة السابقة - ٦٧ - قد نصت في فقرتها الأولى : ١ إذا مرضت الزوجة قبل الزفاف ولم تمتنع منه أو مرضت بعده ، أو زفت وهي مريضة وقبل الزوج ذلك أو خرجت من بيته بعد المرض ولم تستطع العودة إستحقت النفقة .

وكذلك نصت المادة - ٨٤ - على :

[١- إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير حق أو منعه من الدخول عليها في منزلها الذي يسكنان فيه ولم يكن قد أبى نقلها منه سقط حقها في النفقة مدة الامتناع سواء أكان محكوما عليها بالمتابعة أم لا .

٢- ويعتبر امتناعها بحق إذا لم يدفع الزوج معجل المهر أو لم يهيئ لها المسكن الشرعي الذي تأمن فيه على نفسها ومالها أو لم يكن أميناً عليها في ذلك] .

وقد نص مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على ذلك أيضا في المادة - ٥٦ - فجاء في هذه المادة : [لآنفقة للزوجة في الأحوال التالية :

١- إذا منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية من دون عذر شرعي .

٢- إذا تركت بيت الزوجية من دون عذر شرعي .

٣- إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية من دون عذر شرعي .

٤- إذا امتنعت من السفر مع زوجها من دون عذر] .

ونصت المادة - ٥٥ - منه على سقوط نفقة المعتدة من وفاة [لا نفقة لمعتدة الوفاة وتستحق السكنى في بيت الزوجية مدة العدة] .

تقدير النفقة :

من الأمور المسلم بها أنه يجب على الزوج لزوجته ما يكفيها من الطعام - وغيره كما سيأتي - ولكن قد اختلف في نوع الطعام ، هل يراعي فيه حال الزوج ، أم حال الزوجة ، أم حالهما معا ، أم أن النفقة مقدرة أصلا ؟

أختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يرى أن نفقة الزوجة مقدرة بنفسها ، فيجب على الزوج الموفر كل يوم وليلة مدان من الطعام المناسب لحالته ، وعلى الزوج الذي حاله متوسط مد ونصف ، وعلى الفقير مد أي أن النفقة مراعي فيها حالة الزوج يدل على ذلك قوله سبحانه : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ أي قدر حاله ومقدرته فالله سبحانه فرق بين الموفر والمعر ، وأوجب على كل واحد منهما النفقة على قدر حاله ^(١) .

القول الثاني : إن نفقة الزوجة غير محددة ، بل ترك تقديرها لأن الله سبحانه يقول : ﴿ وعلى الولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ فالآية وردت مطلقة ، وحينما اشكتك هند زوجة أبي سفيان إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لها : [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] فلم يحدد لها مقدارا معينا بل نص على الكفاية فدل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ^(٢) .

(١) المهلب ١/٢ ، مغني المحتاج ٤٢٦/٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٢١٣/٥ جاء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها ، وقال الشافعي مقدرة بنفسها على الموفر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد ، نظلم الأسرة في الإسلام أ . د / محمد فهمي السرجاني ص ١٦٧ .

الرأي الراجح : أستطيع أن أقول بأن الراجح أنها غير مقدرة بمقدار معين ، بل هي بقدر الكفاية ، ولكن حال من تراعى عند التقدير؟ : فالراجح أن يراعى عند تقدير النفقة أو فرضها حال الزوج بمعنى حاله من حيث الغنى والفقر لقوله سبحانه : ﴿لَيْنْفِقْ نَوْسَعَةَ مِنْ سَعَتِهِ﴾ .

وهذا مأخوذ من مذهب الإمام الشافعي وهو ماذهب إليه الحنفية في الصحيح عندهم .

نوع النفقة الواجبة للزوجة : بعد الانتهاء من الكلام عن طعام الزوجة وهو غير محدد يراعى فيه حال الزوج - كما سبق - ولكن ماهي الأشياء التي تجب لها غير هذا ؟ يجب لها الأتي :

١- الطعام : وهو ماسبق الحديث عنه .

٢- المسكن : ويجب أن يراعى فيه مايليق بها - الزوجة - في العادة ، مثل أن يكون مشتملا على ما يحتاجه أمثالهما ، كما لا يحق للزوج أن يسكن زوجته مع ضررتها ، كما لا يجوز أن يسكن معها في بيت الزوجية أحد من أهله إلى غير هذه الأمور التي يجب أن تراعى في مسكن يشتمل على الراحة والسكينة .

٣- الكمسوة : فيجب كسوتها على قدر حال الزوج مرة في الصيف ومرة في الشتاء ويكون هذا بقدر مايتناسب مع حاله وحالها ووضعه ووضعها .

٤- الخدام : ويكون ذلك بالنسبة للمرأة التي جرت العادة بأنها لاتخدم نفسها .

وقد نصت المادة (٧١) من مشروع قانون الإمارات في فقرتها (١) على الأتي :

[١- تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت فرضها يسرا وعمرا مهما كانت حال الزوجة على الا تقل في حالة العسر عن حد الكفاية] .
والذي نصت عليه هذه المادة هو ما نص عليه القرآن الكريم ، يقول سبحانه
: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ .

وجاء في المادة (٧٧) منه على الآتي :

[١- يجوز أن تطلب زيادة النفقة ونقصها لتغيير حال الزوج ، أو أسعار البلد ، أو ظهور مالم يكن ظاهرا من حال الزوج عند الفرض بالقضاء أو التراضي] .
٢- ولا تقبل دعوة الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها ، إلا في الطوارئ الإستثنائية] .

وقد تحدثت المواد - ٨١ - ، - ٨٢ - ، - ٨٣ - من المشروع نفسه على أحكام السكن ونصها كالآتي :

تنص المادة - ٨١ - على مايلي :

[١- على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله .

٢- وعلى الزوجة بعد قبض معجل صداقها أن تسكن مع زوجها فيه متى طلبها ، مالم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يخرجها من منزلها الذي تقيم فيه .

٣- وإذا اشترطت عليه ذلك فليس لها أن تمنعه من السكنى معها فيه ، أو الدخول عليها] .

ونصت المادة - ٨٢ - على الآتي :

[١- ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد بغير رضاها .

٢- ويعتبر في استقلال السكن حال الزوج ، وعرف البلد ، وعدم مضارة الزوجة] .

والمادة - ٨٣ - نصت على مايلي :

[للزوج أن يسكن مع زوجته :

أ- أولاده منها .

ب- أولاده من غيرها ذكورا أو إناثا ولو كانوا بالغين ، وأبويه ، ومحارمه من النساء بشرط أن يكون إسكانهم واجبا عليه شرعا ، وأن يتسع المسكن لسكانهم ، وألا يلحق الزوجة من ذلك ضرر] .

الزوج ودين النفقة :-

المفروض أن الزوج يؤدي ماعليه من نفقة بالنسبة لزوجته ، فإذا أدى ماعليه سقطت عنه وأصبحت ذمته خالية منها .

ولكن إذا امتنع الزوج من الإنفاق على زوجته ، جازلها أن ترفع أمرها للقضاء ، وعلى القاضي النظر في دعواها هذه فإذا ثبت له أنه موسر وممتنع حقا عن الإنفاق على زوجته ، فلا يخلو الأمر :

إما أن يكون له مال ظاهر ، وهنا كان من حق القاضي أن يبيع من هذا المال ليعطي الزوجة حقاها في النفقة .

وإما أن يكون موسراً ولكن ليس له مال ظاهر ، والزوجة طلبت حبسه لامتناعه أجابها القاضي إلى طلبها وحكم على زوجها بالحبس مدة يراها زاجرة له عن ظلمه ومعاملته ، ومعلوم أن هذا أمر يختلف فيه الناس ، وقد روى عن الامام أبي حنيفة أنه قدر مدة الحبس بشهر كحد أدنى ، وبثلاثة شهور كحد أعلى ^(١) .

والمشروعان الإماراتي ودول مجلس التعاون لم يتحدثا عن هذا - حبس الزوج - ولكن المادة - ٧٣ - من مشروع الإمارات قد نصت على الآتي :

[١- تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبه ديناً على الزوج بلا توقف على القضاء أو التراضي ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

٢- ولا تسمع الدعوى بها عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى مالم تكن مفروضة بالتراضي .

وقد نصت المادة - ١١٧ - منه على الآتي : [١- إذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالنفقة الواجبة في مدة قريبة ، جاز لزوجته طلب التطلق .

٢- فإن قال أنه معسر ولم يثبت إعساره طلق عليه القاضي في الحال وكذلك إن لم يقل أنه معسر أو معسر أو قال أنه موسر وأصر على عدم الانفاق .

وان ثبت إعساره أمهله القاضي مدة لاتزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه القاضي [.

(١) حاشية ابن عابدين ٩٤٥/٢ ، المبائع ٣٨/٤ .

وبهذا أجاز المشروع للزوجة طلب التتطبيق إذا تحقق ما أشارت إليه في فقرتها الأولى .

وكذلك في فقرتها (٢) طلق القاضي إذا تحقق ما أشارت إليه .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١١٠ - على الآتي :

[أ - للزوجة طلب التتطبيق إذا أمتنع زوجها عن الانفاق عليها ، أو تعذر استيفاء النفقة منه ، وليس له مال ظاهر ، ولم يثبت اعمساره ولا تطلق عليه إلا بعد إمهاله مدة يحددها القاضي .

ب - لا تطلق الزوجة لاعسار الزوج إذا علمت بعسره قبل الزواج ، ورضيت بذلك .

ج - لا تطلق الزوجة المومسة على زوجها المعسر .

وبهذا يتضح أن مشروع دول التعاون أكثر دقة ورعاية للعلاقة الزوجية ومحافظة على العشرة .

العدل وحسن المعاشرة :

سبق الحديث عن الحقوق المالية بالنسبة للزوجة على زوجها ، وأريد هنا أن أوضح الحقوق الغير مالية - بإيجاز - التي للزوجة على زوجها وهي : العدل ، وحسن المعاشرة ، وعدم الإضرار بها .

أ- العدل : مطلوب - كما سبق - للزوجة الواحدة ، ولهذا فإن الزواج يكون محرما إذا كان الشخص متأكدا من ظلمه للزوجة التي سوف يرتبط بها ، لهذا كان من باب أولى أن يكون العدل مطلوبا عند التعدد ، بل هو شرط من شرطي التعدد كما ذهب

إليه بعض العلماء : والمقصود به هو كل ما يستطيع أن يحققه الإنسان ويدخل تحت قدرته من الحقوق كالتسوية في النفقة والمعاملة ، وهذا بخلاف الميل القلبي - كما أشرت سابقا - لأنه لم يقدر عليه ومن ثم لا يطالب به لقوله - صلى الله عليه وسلم - [اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك] ولأن القلوب بيدي الرحمن يقلبها كيف يشاء وصدق الله العظيم ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾^(١) . وقد فسر ابن عباس^(٢) هذه الآية - أي عدم الاستطاعة في العدل - بالحب والجماع ، بمعنى أن التسوية في الجماع بين النساء ليست واجبة ولكنها مستحبة كما ذهب إلى هذا ابن عباس .

ومن العدل الواجب على الزوج أن يسوي بين زوجاته في المبيت ، فيحرم عليه التفضيل ، حتى ولو رجحت إحداهن بشرف وغيره ، فيجب التسوية بين السلمة والكتانية والصغيرة والكبيرة قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (من كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطامثلا)^(٣) . فإن الزوج مطالب بالعدل وإلا كان له هذا الجزاء الذي ينتظره .

ومعلوم أن العدل مطلوب في أمور أخرى غير المبيت - كما وضع سابقا - كالسكن والملبس والطعم وغير ذلك .

ب- حسن المعاشرة : شاء الله سبحانه أن يجعل القوامة للرجل على المرأة يقول سبحانه : ﴿ الرجال قوامون على النساء ﴾^(٤) . ومن خلال هذه القوامة

(١) النساء / ١٢٩ . (٢) الكافي / ٣ / ٣١ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه - سنن أبي داود / ١ / ٤٩٢ .

(٤) النساء / ٣٤ .

فالرجل أي الزوج مطالب أن يحسن معاشرته لزوجته وأن يكون معها الودود الرحيم يقول سبحانه : ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾^(١) . وهل المعاشرة بالمعروف إلا من خلال إحسان الزوج ومودته ورحمته للزوجة ، ولقد صدق الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - حيث يقول (خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلي)^(٢) .

وبناء على ذلك فإن الواجب على الرجل ألا يكون قضا غليظا في معاملته لزوجته ، بمعنى ألا يؤذيها بالقول أو بالفعل ، ولا يسمعها من الكلام ما يجرح كرامتها وينزل من شأنها .

ج- عدم الاضرار بالزوجة : من حقوق الزوجة على زوجها ألا يلحق بها ضررا لقوله سبحانه ﴿ولا تمسكوهن ضرازا لتعتدوا﴾ ومعلوم أن عدم الضرر المطالب به الزوج هو بنوعيه المادي والمعنوي .

ومشروع قانون الامارات . لم يتعرض لهذه الحقوق ، لكن مشروع القانون لدول مجلس التعاون قد تعرض لها في المواد - ٣٨ - ، - ٣٩ - ، - ٤٠ - ، وقد نصت المادة - ٣٩ - على حقوق الزوجة على زوجها ونصها :
[حقوق الزوجة على زوجها :

١- النفقة .

٢- السماح لها بزيارة أبويها ومحارمها ، واستزارتهم بالمعروف .

٣- الاحتفاظ باسمها العائلي .

(١) النساء / ١٩ .

(٢) البخاري ومسلم وغيرهما - الفتح الكبير ٢ / ٣٣١ .

٤- عدم التعرض لأموالها الخاصة ، فلها التصرف فيها بكل حرية .

٥- عدم الإضرار بها ماديا أو معنويا .

٦- العدل بينها وبين بقية الزوجات ، إن كان للزوج أكثر من زوجة .

ولاشك أن هذه الحقوق لايرقى إليها أي تشريع آخر وكيف يكون ذلك إن

كان قد استمد من شريعة الله تعالى .

المبحث التاسع " في حقوق الزوج على زوجته " والحقوق المشتركة

من عدالة الله سبحانه وتعالى ، أن جعل للزوج على زوجته حقوقا ، كما جعل للزوجة على زوجها حقوقا ، ثم إن الزوج له القيادة والريادة بما جعل الله فيه من عناصرها ومعانيها ، وليس عيبا أن تكون المرأة تحت قيادته ورعايته فهو الذي يجاهد من أجل الحياة ، من أجل حياة كريمة نظيفة ، وهو الذي يصونها ويرعاها ويحفظها ، إذا فالريادة هنا والقيادة لها من أخطارها ومهامها الجسم ، ولم تكن هذه القوامة والريادة إلا من خلال ما وهب الله به الرجل من مقومات وعناصر يجعله قادرا وأهلا لها .

وحقوق الزوج على زوجته - أهمها - أستطيع أن أحصرها في الأمور التالية :

١- الطاعة : من حق الزوج على زوجته أن تطيعه فيما هو من شئون الزوجية بشرط ألا يكون فيه معصية لله ، لأنه لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وكذلك فيما يلزم لرعاية النشء الذي يكون لهما تربيته ، فأما فيما يتعلق بشئونها الخاصة بها فلا طاعة له عليها كأن يمنعها من التصرف في مالها ، أو يأمرها أن تتصرف فيه على وجه خاص ، فإنه لا ولاية له في أموالها ، حتى إذا كانت لم تبلغ الرشد للتصرف في أموالها ، فإن الولاية هنا لا تكون للزوج ، بل هي للولي في المال ومن حق الزوج عليها أيضا أن تحفظ غيبته وسره في بيته وماله ، وأن تحافظ على شرفها وعفتها وتتجنب مواطن الشبهات ومخاوف الفتنة ، فإن ذلك - فوق أنه حق الزوج عليها - هو أيضا حق الشرع فتجب مراعاته كي تطمئن نفس الزوج وتحسن عشرته ، وتؤتي الزوجية

ثمراتها التي يريدها الشرع ويأمر بها .

وقد أشار الله سبحانه إلى ذلك بقوله : ﴿ فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ﴾ ^(١) .

بمعنى أن المرأة القانتة - أي الطائعة - وهي التي تطيع ربها ، وتطيع زوجها ، وتحفظه في نفسها وعفتها ، وفي ماله وولده ، وفي غيبته وحضوره ، مثل هذه المرأة يقال لها الصالحة القانتة .

وقد ورد في السنة الكثير من الأحاديث التي تحت الزوجات على طاعة الأزواج منها :

أ- وعن أبي هريرة رضي الله عنه - قال : قال النبي - صلى الله عليه وسلم - : [إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح] ^(٢) .

ب- وعنه أيضا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : [لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها] ^(٣) .

فهذه الأحاديث تدل - كما ذهب إلى ذلك الفقهاء - على وجوب طاعة المرأة لزوجها ، وإن هذه الطاعة طريقها إلى الجنة .

وقد اعتبر الإسلام طاعة الزوجة لزوجها جهادا في سبيل الله ، ودليل ذلك .

(١) النساء / ٣٤ .

(٢) متفق عليه نيل الأوطار ٦ / ٣٠٧ ، رياض الصالحين ص ١٣٣ .

(٣) رواه الترمذي وقال : حديث حسن عن أبي هريرة نيل الأوطار ٦ / ٣٠٦ .

ماروى عن ابن عباس أن امرأة جاءت إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله أنا وافدة النساء إليك ، هذا الجهاد كتبه الله على الرجال فإن يصيبوا أجروا ، وإن قتلوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون ، ونحن معشر النساء ، نقوم عليهم ، فما لنا من ذلك ؟

فقال عليه الصلاة والسلام [أبلغني من لقيت من النساء أن طاعة الزوج واعترافا بحقه يعدك ذلك ، وقليل منكن من يفعله] .

وفي ذلك يقول الإمام علي كرم الله وجهه - : [جهاد المرأة حسن القبول] .
ولا شك أن هذه الطاعة ، طاعة الزوجة لزوجها تؤدي إلى إقرار السلام في البيت ، وكذلك الأمن والأمان ، وكانت طريقا لتعود الأبناء لهذه الطاعة في مجتمعهم الصغير .

٢- القرار في البيت : فهذا هو الحق الثاني للزوج على زوجته ومعنى ذلك أن الزوجة واجب عليها أن تقر في بيت الزوجية ، من أجل الاستقرار فيه حتى تتمكن من أداء واجبيها كاملا من الإشراف والتنظيم والرعاية والنظافة والترتيب وفي المقابل يقوم الزوج بالانفاق عليها - كما - سبق وبكل ما تتطلبه ضروريات الحياة .

وإذا كان قرار الزوجة في بيت الزوج حقا من حقوقه فلا تخرج من بيته إلا بإذنه ، فإن قرار المرأة في بيتها هو الحكم الشرعي العام في كل امرأة متزوجة أو غير متزوجة ، فلا تخرج من بيتها إلا لضرورة تدعوها إلى هذا الخروج قال تعالى : ﴿ وَقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى ﴾ ^(١) .

(١) الأحزاب / ٣٣ .

فهذا النص الكريم خطاب لنساء النبي - صلى الله عليه وسلم - ، ولكن لا يمنع دخول غيرهن في الحكم ، فالحكم عام يخاطب جميع المؤمنات .

وإذا وجد سبب شرعي لخروجها مثل زيارة أبيوها فهذا أمر جائز ، وكذلك زيارة محارمها وكذلك إذا مرض أحد أبويها وليس له من يقوم على تربيته وجب عليها الخروج حينئذ ، وحرم على الزوج متعها من أداء هذا الواجب ، حتى لو كان والدها غير مسلم .

وإذا خرجت تحتّم عليها أن تخرج وهي متمسكة بتعاليم الإسلام من حيث عدم التعطر ، ولا تلبس من الملابس ما يظهر مفاتها ويلفت الأنظار إليها ، بل تكون متحشمة وقورة .

٣- ولاية القاديب : الأصل في هذا الحق ما أشار إليه قوله سبحانه ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجوهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبسوا عليهن سبيلا إن الله كان علياً كبيراً ﴾^(١) .

فهذه الآية في الحقيقة هي الأصل في كل حقوق الزوج على زوجته ، فالله عز وجل جعله قواماً عليها بمعنى أن يقوم على أمرها ، كما يقوم الولي على رعيته ، بالأمر والنهي والتوجيه والتأديب .

فالزوجة المطيعة القانتة لاسبيل للزوج عليها إلا أن يحسن عشرتها ويعاملها

(١) النساء / ٣٤ .

بالمعروف .

أما الزوجة الأخرى ، فقد بينت الآفة الكريمة طرق علاجها وإصلاحها وتقويمها حتى تعود إلى الطريق المستقيم من الطاعة والقرار في البيت والقيام على شئون البيت والأولاد ووسائل العلاج كما بينتها الآفة الكريمة ثلاث :

الأولى : الوعظ :

الموعظة الحسنة مرحلة إصلاحية تسبق النشور الفعلي فعندما يلاحظ الزوج أمارات النشور في تصرفات زوجته يبادر الزوج في توجيهها الوجهة السليمة ، بأن يعظها الموعظة الحسنة ، ويذكرها بأقوال الرسول - صلى الله عليه وسلم - في هذا المجال - وهي كثيرة - كقوله - صلى الله عليه وسلم - [إذا صلت المرأة خمساً ، وصامت شهراً ، وحفظت فرجها ، وأطاعت زوجها قيل لها : أدخلني الجنة من أي باب شئت] ^(١) .

فإن لم تنفع هذه الوسيلة انتقل إلى الثانية .

الثانية : الهجر في المضاجع :

ويقصد من الهجر في المضاجع الابتعاد عنها ، بأن يوليها ظهرها إن كانا على سرير واحد ، أو في بيت في الحجرة ولكن كل على سرير آخر ، أو في نفس البيت ولكن في حجرة أخرى .

هذا هو الهجر المشروع علاجاً وتأديباً للمرأة المكابرة والمعاندة التي لم يصلح معها الإرشاد والتوجيه طريقاً لملاجئها .

(١) رواه ابن حبان في صحيحه ، وأحمد في مسنده - مسند أحمد ١/١٩١

أما الهجر خارج البيت فهو غير مشروع ، والنص القرآني الكريم جاء حاسماً في هذا قال سبحانه : ﴿ واهجروهن في المضاجع ﴾ وبين الرسول - صلى الله عليه وسلم - هذا الحكم بيانا واضحا حين قال : [ولا تهجر إلا في البيت] ولكن يشترط فيه ألا تزيد مدته عن أربعة أشهر ، وهي مدة الإيلاء ، حيث لا يحل له الهجر بعد ذلك ، فإن كانت محبة له رغبة فيه شق عليها ذلك فترجع إليه ، وإن كانت مبغضة له ظهر نشوزها وكان لابد الانتقال إلى الوسيلة الأخيرة .

الثالثة : الضرب :

والضرب هو الوسيلة الأخيرة - بعد الوعظ والهجر ، وهو هنا الضرب المباح اليسير لأن المقصود منه التأديب وهذا يحصل بالضرب الخفيف ، وأن يقتني الوجه ، وكذلك الأماكن القاتلة ومواضع الحسن فيها ، وقد روى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سأله رجل بقوله : [ماحق المرأة على الزوج ؟ فقال : تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ، ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت)^(١) .

وحينما يبيح الإسلام للزوج أن يضرب زوجته من أجل التأديب ، لأن هناك من النساء من لا يفيد معها إلا هذا ، وكما هو واضح فإنه المرحلة الأخيرة بعد الوعظ والهجر ، فأى امرأة لم يقلح معها الوصيلتان السابقتان ، فلا يليق بها إلا هذا .

ونصت المادة - ٤٠ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على

الآتي :

حقوق الزوج على زوجته :-

١- العناية به وطاعته بالمعروف باعتباره رب الأسرة .

(١) نيل الأوطار ٢١١/٦ .

٢- الإشراف على البيت ، وتنظيم شؤنه ، والحفاظ على موجوداته .

٣- رعاية أولاده منها وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع [.

الحقوق المشتركة بين الزوجين :-

تتبعاً للحقوق التي للزوجة على زوجها ، وللزوج على زوجته ، كان ولا بد من الإشارة إلى الحقوق المشتركة بينهما ، وأهمها مايلي :

١- حق الاستمتاع : فلكل واحد منهما حق الاستمتاع بصاحبه بل يجب على الزوج ديانة أن يعف زوجته ، ويبيدها عن الوقوع في الحرام ، كما لا يجوز للمرأة أن تمنع زوجها إلا إذا وجد عذر شرعي ، لأنه يجب عليها أن تعف زوجها كذلك ، وفي ذلك يقول - صلى الله عليه وسلم - [إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح] ^(١) ، ويقول - صلى الله عليه وسلم - [إذا دعا الزوج امرأته إلى فراشه فلم تأت فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح] ^(٢) .

وأساس هذا الحق قوله سبحانه : ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودةً ورحمة ﴾ ^(٣) . وقوله سبحانه ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم... ﴾ ^(٤) .

وقد تعددت آراء الفقهاء بالنسبة لهذا الأمر ولكن الذي اختاره هو أن على الزوج الاتصال بزوجه بمقدار مايعفها ويبيدها عن الحرام ، وأضيف كذلك بقدر استطاعته حيث أنه الذي يتمشى مع النصوص .

(١) رواه أحمد بن مسند والبخاري ومسلم - صحيح مسلم ٦١٠/٣ .

(٢) صحيح مسلم ٦١١ / ٣ .

(٣) الروم / ٦١ . (٤) المؤمنون / ٥ .

٢- ثبوت النسب : من ثمرات الاستمتاع الجنسي بين الزوجين - غالبا ما يكون الأولاد ، ومن حقهما أن تنسب الأولاد إليهما ، كما من حق هؤلاء أن ينتسبوا إليهما أيضا ، لهذا قد حرم الله سبحانه وتعالى على الأزواج أن ينكروا أبوتهم لأولادهم ، كما حرم على الزوجات أن ينسبن إلى الأزواج من ليس منهم ، وحرم على الأولاد انتسابهم إلى غير آبائهم .
﴿ ادعوهم لأبائهم ﴾ .

٣- حرمة المصاهرة : بمعنى أن العقد على المرأة يحرم على الرجل أصولها بمجرد هذا العقد عليها ، ولكن فروعها لا تحرم عليه إلا بالدخول بها ، وكذلك تحرم هذه الزوجة على أصول الزوج وفروعه بمجرد العقد عليها ، سواء دخل بها أم لم يدخل ، وقد سبق توضيح هذا في المحرمات من النساء .

٤- القوارث بين الزوجين : إذا عقد رجل على امرأة فقد أصبحت حلالا له وأصبح حلالا لها ، وكانت هناك صلة ورابطة قوية تربط بينهما هذه الصلة هي المصاهرة ، وكان من فضل الله تعالى حتى تقوى هذه الصلة أن جعل من حق الزوجين أن يرث أحدهما الآخر إذا مات ، بشرط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما ، ولم يكن هناك مانع من موانع الميراث كالقتل .

وقد نصت المادة - ٣٨ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على الحقوق المشتركة بين الزوجين ونصها :

[الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين :

١- حل استمتاع كل من الزوجين بالزوج الآخر فيما أباحه الشرع .

٢- إحصان كل منهما الآخر .

٣- المساكنة الشرعية .

٤- حسن المعاشرة ، وتبادل الاحترام والعطف ، والمحافظة على خير

الأسرة .

٥- العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة .

٦- احترام كل منهما لأبوي الزوج الآخر وأهله الأقربين [.

وبهذا يتضح أن المشروع لم ينص على حرمة المصاهرة ، وعلى التوارث بين

الزوجين .

القسم الثاني " في الطلاق "

وفيه تمهيد ومباحث سبعة :

التمهيد : في الفرق بين الفسخ والطلاق ، ومتى تكون الفرقة فسخا ، ومتى تكون طلاقا ، الفرق التي تتوقف على القضاء والتي لا تتوقف على القضاء .

أما المبحث الأول : في تعريف الطلاق ، ومشروعيته ، وحكمة تشريعه ، الطلاق بين الحظر والإباحة .

وأما المبحث الثاني : في أركان الطلاق .

وأما المبحث الثالث : في المدد المشرع للطلاق وكيفية إيقاعه .

وأما المبحث الرابع : في أنواع الطلاق وحكم كل نوع .

وأما المبحث الخامس : في الخلع ، والإيلاء ، والظهار ، واللعان .

وأما المبحث السادس : في التفريق للميب ، والتفريق للضرر .

وأما المبحث السابع : في العدة وأحكامها .

التمهيد :-

الفرق بين الفسخ والطلاق :-

قبل الحديث عن الفرق بين الفسخ والطلاق ، لا بد وأن أشير إلى أن الحياة الزوجية قد تنتهي بين الزوجين إما بالفسخ أو بالطلاق ، وهذا يكون إذا انتهت الحياة الزوجية حال حياتهما .

وقد تنتهي هذه الحياة الزوجية ب وفاة أحد الزوجين ، أو بوفاتهما معا .

وقد نصت المادة - ١٠٣ - من مشروع قانون الامارات على الآتي : [ينتهي عقد الزواج بالطلاق أو بالفسخ أو الوفاة] .

يختلف الفسخ عن الطلاق من ثلاثة أوجه :

الأول : حقيقة كل منهما : فالفسخ : نقض للعقد من أساسه وفي نفس الوقت فهو إزالة للحل الذي يترتب عليه ، أما الطلاق : فهو إنهاء للعقد ولكنه لايزيل الحل إلا إذا كان بعد البينة الكبرى .

الثاني : أسباب كل منهما : الفسخ قد يكون بسبب حالات طارئة على العقد تنافي الزواج وقد يكون مجالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل . فالحالات الطارئة : كردة الزوجة أو إبانها الاسلام ، أو الاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو إبنها ، أو بين الزوجة وأبي زوجها أو ابنه مما يحرم المصاهرة ، وهذا منافي للزواج .

أما الحالات المقارنة : مثل أحوال خيار البلوغ لأحد الزوجين ، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفء أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية ، فالعقد هنا غير لازم .

أما الطلاق : فلا يكون إلا بعد عقد صحيح لازم ، وهو من حقوق الزوج ، فليس فيه مايتنافى مع عقد الزواج أو يكون بسبب عدم لزومه .

الثالث : أثر كل منهما : من العلوم أن الفسخ لاينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل ولكن الطلاق ينقص به عدد الطلقات .

وكذلك فرقة الفسخ في عدتها لايقع طلاقا ، إلا إذا كانت بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام ، فيقع فيها عند الحنفية طلاق من أجل الزجر والعقوبة ، أما عدة

الطلاق فإنه يقع فيها طلاق آخر ويستمر فيها كثير من أحكام الزواج . ثم ان الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر ، ولكن الطلاق قبل الدخول إذا كانت هناك مهر مسمى وجب نصفه فإذا لم يكن المهر مسمى استحقت المنة .

متى تكون الفرقة فسخا ومتى تكون طلاقا ^(١) ؟

ذهب الحنفية ^(٢) . إلى القول بأن الفرقة تكون فسخا في الآتي :

١- إذا فرق القاضي بين الزوجين وكان هذا بسبب إباء الزوجة الإسلام بعد إسلام زوجها المشرك أو المجوسي لأن المشركة لاتصلح لتكاح المسلم ، وقد جاءت الفرقة من قبلها ، ومعلوم أن الفرقة من جهة المرأة لاتصلح طلاقا ، فتكون فسخا . أما إن كان الإباء من الزوج ، فتكون الفرقة طلاقا في قول أبي حنيفة ومحمد ، وفسخا في قول أبي يوسف .

٢- ردة أحد الزوجين .

٣- تباين الدارين حقيقة وحكما : وهذا يكون بخروج أحد الزوجين مسلما أو ذميا ، وقد ترك الآخر كافرا في دار الحرب قياسا على الردة لعدم التمكين من الانتفاع عادة . أما إذا خرج أحدهما مستأمنا وبقي الآخر كافرا في دار الحرب فلا تقع الفرقة . وقال غير الحنفية : لاتقع الفرقة باختلاف الدارين .

٤- التفريق من أجل عدم الكفاءة أو لنقصان المهر : وكذلك تكون الفرقة فسخا إذا كان التفريق لعدم وجود الكفاءة أو كان المهر ناقصا ، لأنها فرقة حصلت

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٣٤٩/٧ ومابعدا .

(٢) البائع ٣٣٥/٢ - ٣٤١ ، رد المختار لأبن عابدين ٥٧٢/٢ ، فتح القدير ٢ / ٢٢ .

لامن جهة الزوج ، لذلك لا يمكن أن يكون ذلك طلاقا ، لأن ولاية الطلاق للزوج وحده ، فوجب أن يكون فسخا ، ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضي كالفسخ بخيار البلوغ .

٥- خيار بلوغ الصغير أو الصغيرة : وتكون هذه الفرقة عند القاضي - أي لاتقع إلا بتفريق القاضي - فإن كانت الفرقة بسبب اختيار المرأة نفسها لعيب الجب والعنة والخصاء والخنوفة ، فهي فرقة بطلاق عن طريق القاضي .

٦- خيار العتق : بمعنى أن تعتق الأمة ولكن زوجها مازال عبدا ، فلها الخيار بالبقاء أو إنهاء الزواج ، والفرقة تثبت بنفس الاختيار ، لأن الفرقة هنا وقعت بسبب وجد منها وهو اختيارها لنفسها ، واختيارها نفسها لا يمكن أن يكون طلاقا ، لأنها لاتملك الطلاق إلا إذا مُلِكتْ كالمُخَيَّرَةِ .

وما عدا ذلك من أنواع الفرق التي تكون من قبل الزوج أو بسبب منه يكون طلاقا ، ومنه المخالعة .

وبهذا يكون الضابط الذي يتميز به الفسخ عن الطلاق عند أبي حنيفة ومحمد : هو أن كل فرقة بسبب من جانب المرأة تكون فسخا ، وكل فرقة من جانب الرجل أو بسبب منه مختص بالزواج فهي طلاق ، ولكن أبا حنيفة خلافا لمحمد يعتبر الفرقة بسبب ردة الزوج فسخا ، لأنه يرى أن الردة مثل الموت حيث أن صاحبها مهدر الدم ، فهي شبيهة الفرقة بالموت ، والفرقة بالموت لا يمكن أن تكون طلاقا ، وبهذا يظهر أن الغالب كون الفرقة طلاقاً .

[الْفَرْقَى الَّتِي تَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ والتي لاتتوقف عليه :

قد تحتاج الفرقة سواء أكانت طلاقا أم فسخا إلى قضاء القاضي ، وقـــد

لا تحتاج .

أما الفرق التي تتوقف على القضاء فهي نوعان : فرق الطلاق و فرق الفسخ .

[فُرْقُ الطَّلَاقِ الْمُتَوَقِّفَةُ عَلَى الْقَضَاءِ] :-

وتكون عند الحنفية في الحالات الآتية :

١- الفرقة بسبب اللعان ولكن للملكية في المشهور قالوا : إنها لا تتوقف على

القضاء .

٢- الفرقة بسبب عيوب الزوج وهي الجب والعنة والخضاء ، ولكن المقد هنا

يفسخ عند الجمهور بسبب هذه العيوب أو عيب الرق والقرن ونحوهما في الزوجة ،
بعد رفع الأمر للقاضي .

٣- الفرقة بسبب إباء الزوج الاسلام عند أبي حنيفة ومحمد .

أما فُرْقُ الطَّلَاقِ غَيْرِ الْمُتَوَقِّفَةِ عَلَى الْقَضَاءِ فَهِيَ :

١- الفرقة بلفظ الطلاق ، ومنه أن يفوض أمر الطلاق للزوجة بالاتفاق .

٢- الفرقة بسبب الإيلاء عند الحنفية والمالكية .

٣- الفرقة بالخلع عند الجمهور بخلاف الحنابلة .

[وأما فُرْقُ الْفَسْخِ الْمُتَوَقِّفَةُ عَلَى الْقَضَاءِ فَهِيَ] :

١- الفرقة التي تكون لعدم الكفاءة .

٢- الفرقة التي تكون لنقصان المهر عن مهر المثل .

٣- الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام إذا أسلم الآخر ، ومعلوم أن

الفرقة بسبب إباء الزوجة هذا أمر متفق عليه ، أما بسبب إباء الزوج فهو متفق عليه

خلافًا لأبي حنيفة ومحمد ولكن عند أبي يوسف فهي فسخ .

٤- الفرقة بسبب خيار البلوغ لأحد الزوجين عند الحنفية إذا كان المزوج لهما في الصغر غير الأب والجد .

٥- الفرقة بسبب خيار الإفاقة من الجنون عند الحنفية إذا كان المزوج لأحد الزوجين غير الأب والجد والابن .

[وأما فُرْقَى الفسخ غير المتوقفة على القضاء فهي ^(١) :

١- الفسخ الذي يكون سببه راجعا إلى فساد العقد في أصله مثل الزواج بغير شهود ، وكذلك الزواج بالأخت .

٢- الفسخ الذي يكون بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة .

٣- الفسخ الذي يكون بسبب ردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولكن إن ارتدا الزوجان فلا يفرق بينهما بمجرد الردة وهذا هو الراجح عند الحنفية .

٤- الفسخ الذي يكون نتيجة لخيار علق الزوجة .

٥- الفسخ الذي يكون سببه ملك أحد الزوجين للآخر .

وبعد هذا يلاحظ أمران :-

الأول :- أن الفرقة بسبب الاتصال الذي ترتب عليه حرمة المصاهرة توجب حرمة مؤبدة ، ولكن الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الردة أو الإباء عن الإسلام أو ملك

(١) الفقه الإسلامي وأصله ٣٥٥/٧ .

أحد الزوجين للآخر توجب حرمة مؤقتة . وأما فرقة اللعان فيترتب عليها حرمة مؤبدة عند المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ، ولكنها تكون حرمة مؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد إذا خرج أحد الزوجين عن أهلية اللعان ، أو كذب الرجل نفسه فيما قذف به المرأة .

الثاني :- كل فرقة تكون من جهة الزوجة تؤدي الى سقوط المهر عند الحنفية إلا إذا تأكد العقد بالدخول أو الخلوة ، فإن كانت الفرقة من الزوج أو بسببه ، فلا تسقط شيئاً للزوجة حالة الدخول أو عدمه ^(١) .

(١) الفقه الإسلامي وأصله آ . د / وهبه الزحيلي ٣٤٨/٧ - ٣٥٠ ، ٣٥٤ - ٣٥٦ .

" المبحث الأول "

في تعريف الطلاق ، ومشروعيته ، وحكمة تشريعه ، الطلاق بين الحظر والإباحة ، لماذا كان الطلاق بيد الرجل ؟

تعريف الطلاق :

الطلاق لغة : الترك والمفارقة يقال : طلق البلاد أي تركها وفارقها .
ويطلق أيضا - على رفع القيد مطلقا أي سواء أكان حسيا كقيد الفرس أم
معنويا كقيد الزوج ^(١) .

وفي الاصطلاح : رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من طلق أو
ما في معناه مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة صادرة من الزوج أو ممن يقوم مقامه .
فيرتفع قيد النكاح في الحال إذا كان الطلاق باثنا ، أو في المآل إذا كان
الطلاق رجعيا ^(٢) .

والذي في معنى اللفظ في الطلاق هو الكتابة أو الإشارة المفهومة وكذلك قول
القاضي . ويخرج بقيد اللفظ فسخ عقد الزواج ، فإنه وإن كان يحل قيد الزواج ولكنه
لا يكون بلفظ من ألفاظ الطلاق .

مشروعية الطلاق :

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .
فأما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح

(١) غار الصحاح ص ٣٩٦ .

(٢) بدائع الصنائع ١/٢ ، المبسوط للسرعي ٢/٦ .

بإحسان ﴿^(١) . وقوله سبحانه : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ﴾^(٢) .

وأما السنة : فقد وردت فيها أحاديث كثيرة منها :

قوله - صلى الله عليه وسلم - [إنما الطلاق لمن أخذ بالساق]^(٣) . وقوله -
صلى الله عليه وسلم - [أبغض الحلال إلى الله الطلاق]^(٤) .

فهذه الآيات والأحاديث كلها تدل على مشروعية الطلاق في الإسلام ، وعلى
هذه المشروعية انعتد الإجماع منذ عصر الصحابة والتابعين وعلماء الإسلام إلى يومنا
هذا .

وقد نصت المادة - ١٠٣ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[ينتهى عقد الزواج بالطلاق ، أو بالفسخ ، أو الوفاة] .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ٨٢ - على الآتي :

[تقع الفرقة بين الزوجين :

١- بإرادة الزوج وتسمى طلاقا .

٢- بإرادة الزوجين وتسمى مخالعة .

٣- بحكم القضاء وتسمى تطليقا أو فسخا .

٤- بوفاة أحد الزوجين) .

حكمه التشريع^(٥) :-

العلاقة الزوجية لا تنظر على حالة واحدة فقد يعتمدها من الأمور ما يجعل

(١) البقرة / ٢٢٩ . (٢) البقرة / ٢٣٠ .

(٣) نيل الأوطار / ٦ / ٢٣٨ . (٤) نيل الأوطار / ٦ / ٢٢٠ .

(٥) نظام الأسرة لأسئلة كلية الشريعة ٢٠٣ ، ٢٠٥ .

الحياة بين الزوجين مصدر شقاء وشقاق .

فقد يتبين للرجل أنه قد أخطأ في اختيار شريكة حياته ، فيرى أخلاقا وطباعا تخالف أخلاقه وطباعه ولا يستطيع أن يتلائم معها ، وقد ترى الزوجة من زوجها قسوة في المعاملة أو قد ترى مالا يرضيها من سلوكه وأخلاقه بحيث لو عرفت ذلك قبل الزواج مارضيت به زوجاً .

وقد يجد أحدهما صاحبه عقيماً لايرجي منه نسل ، وقد يصاب أحدهما بمرض معدٍ أو منفر مما لايسطيع معه دوام العشرة الزوجية فتصعب أو تستحيل المعاشرة بالمعروف التي أمر الله بها ، وربما كانت هناك أسباب أخرى غير هذه .

من أجل هذا شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق حين تضطرب الحياة الزوجية ولم يعد ينفع فيها نصح ولا صلح ، لأن الاستمرار هنا هو حكم على الزوجين بحياة لايرضى بها الإسلام ، بل ربما - غالباً - تؤدي هذه الحياة إلى ارتكاب ما حرم الله . يقول سبحانه : ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يَغْنَاهُ اللَّهُ كلاً مِنْ سَعْتِهِ ﴾ ^(١) .

الطلاق بين الحظر والإباحة :-

[١- الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج ولكل تصرف حكم شرعي حسب أمر الشارع له أو النهي عنه ، لذا تمتري الطلاق الأحكام التكليفية الخمسة وهي :

الوجوب ، والندب ، والتحریم ، والكراهة ، والإباحة .

فالطلاق الواجب : كطلاق المولى بعد التبرص إذا أبا الفئنة ، وطلاق الحكيمين

(١) النساء / ١٣٠ .

في الشقاق إذا رأيا ذلك .

والمندوب : كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كسيئة الخلق أو كانت غير

عفيفة !

والمكروه : كطلاق مستقيمة الحال .

والحرام : فهو الطلاق البدعي لحصول الضرر به كأن يطلقها وهي حائض أو

في طهر جاممها فيه .

والمباح : كطلاق من لا يهواها .

والملاحظ أن الطلاق حين تمتريه هذه الأحكام فتجعله واجباً أو مندوباً ، أو

محرمًا أو مكروهاً ، أو مباحاً كل ذلك يرجع لأمر خارجة عن الأصل فيه فقد وجدت

حاجة تدعو إليه .

٢- أما عند عدم وجود حاجة إلى الطلاق ، فهل يكون مباحاً أو

محظوراً ؟ [٩]^(١) .

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :-

الأول : وإليه ذهب الحنفية فقد قالوا :

الأصل في الطلاق الإباحة ، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فهو قوله سبحانه : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن

لعدتهن ﴾^(٢) .

(١) الشرح الكبير مع الدرر المعاني ٣/٣٦١ ، مغني المحتاج ٣/٣٠٧ ، المغني ٨/ ٢٣٤ ، نظام الأسرة - لأساتذة

كلية الشريعة ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٢) الطلاق / ١ .

وقوله سبحانه : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ﴾^(١) . فقد أطلقت الآية الأول ولم تقيد الطلاق بشيء والثانية نفت الجناح عن المطلق ونفي الجناح يقتضي الإباحة .

وأما السنة :

١- مرواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - طلق حفصة ثم راجعها .

٢- وقوله - صلى الله عليه وسلم - (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)^(٢) . فهذان الحديثان يدلان على إباحة الطلاق دون تقيد بشيء .

الثاني : وإليه ذهب جمهور الفقهاء فقد قالوا :

الأصل في الطلاق الحظر ، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فهو قوله سبحانه : ﴿ فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهم — سبيلا ﴾^(٣) .

الدليل من هذه الآية : أن الطلاق بدون حاجة تدعو إليه بغي وظلم وهذا لا يجوز في الشريعة الإسلامية ، وهو مانهت عنه هذه الآية الكريمة .

وأما السنة :

١- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : أبغض الحلال إلى الله الطلاق^(٤) .

٢- وقوله - صلى الله عليه وسلم - (تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب

(١) البقرة / ٢٣٠ . (٢) نيل الأوطار ٦ / ٢٣٨ .
(٣) النساء / ٣٤ . (٤) نيل الأوطار ٦ / ٢٢٠ .

الذواقين ولا الذواقات (^(١)) .

٣- وقوله - صلى الله عليه وسلم - (ماحلف بالطلاق مؤمن وما استحلف به إلا منافق) ^(٢) .

فهذه الأحاديث واضحة الدلالة ، على أن الطلاق أمر يفيض فيه الإسلام وينفر منه ، وهذا يدل على أنه لا يباح إلا لحاجة .

ثم إن الزواج نعمة من نعم الله تعالى لما فيه من مصالح الدين والدنيا ، يقول الله سبحانه : ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ ^(٣) . وفي الطلاق كفران لهذه النعمة وقطع لهذه الصلة والمودة والرحمة .

وسواء قلت بترجيح الحظر أم الإباحة فموضع الإتفاق بين الفقهاء هو أن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت ماثرا للفتن ومحلا للأحقاد والضغائن ومضيعة للتآلف والتواد ، وذلك تخفيف من الله ورحمة .

(١) رواه الطحاوي عن أبي موسى كشف الحفاء ٢٥١/١ :

(٢) رواه ابن عسك عن أنس كشف الحفاء ٣٠٢/٢ .

(٣) الروم / ٢١ .

المبحث الثاني " في أركان الطلاق "

ذهب الحنفية ^(١) . إلى القول : بأن ركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة ، أو شرعا ، أو ما يقوم مقام اللفظ من الإشارة وذهب جمهور الفقهاء ^(٢) ، إلى القول بأن أركان الطلاق : خمسة وهي : مطلق ، وصيغة ، ومحل وولاية ، وقصد .

والمراد بالركن : ماكان جزءاً من حقيقة الشيء ، ولا يتحقق هذا الشيء إلا بوجود وركنه .

الركن الأول : المطلق ^(٣) :-

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج وذلك لعموم آيات الطلاق في القرآن الكريم - والتي سبقت - ولقوله - صلى الله عليه وسلم - [إنما الطلاق لمن أخذ بالساق] .

فالخطاب في الآيات القرآنية التي سبق ذكرها أكثر من مرة .

وكذلك هذا الحديث موجه للأزواج .

فالذي يملك الطلاق إنما هو الزوج متى كان بالغا عاقلا ، ولا تملكه الزوجة إلا بتوكيل من الزوج أو تفويض منه ، ولا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة للضرورة .

(١) البائع ٩٨/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦١/٧ .

(٢) الشرح الكبير ٣٦٥/٢ ، مغني المحتاج ٢٧٧/٣ ، غاية المصهي ١١٢/٣ ، نظام الأسرة ٢٠٧ ومايعملها .

(٣) نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ٢٠٧ ومايعملها .

جعل الطلاق بيد الرجل :

الحكمة التي من أجلها جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الزوج لا بيد الزوجة ، هي الحفاظ على الزواج وتقدير لمخاطر إنهائه بنحو سريع غير متئد ، لأن الرجل الذي يدفع المهر وينفق على الزوجة والبيت عادة مايكون أكثر تقديرا لمواقب الأمور ، وأبعد عن الطيش في تصرف يلحق به ضررا كبيرا ، لذلك كان أولى من المرأة بإعطائه حق الطلاق لأمرين :

الأول : غالبا ماتكون المرأة أشد تأثرا بالعاطفة من الرجل ، فإذا ملكت الطلاق فربما أسرعته به وأوقعته لأسباب قليلة لاتستحق أن تهدم الحياة الزوجية من أجلها .

الثاني : إن الطلاق يستتبعه أمور مالية من دفع مؤجل للصداق ونفقة العدة والمئنة ، وكذلك مهر جديد لزوجة جديدة ، وهذه التكاليف المالية من شأنها أن تحمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق ، فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية .

وأما الزوجة فلا تتضرر ماليا بالطلاق فلا تتروى في إيقاعه بسبب سرعة تأثرها وانفعالها .

هذا وليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة ، حيث تتنافى مع ماهو مقرر شرعا ، ولأن الرجل يعتقد ديانة أن الحق له ، فإذا أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي ، وليس ذلك في مصلحة المرأة نفسها ، لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها ، وإذا أصبح الطلاق بيد القاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم وتسجيل أسبابه في سجلات القضاء .

وقد يفسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاقي ^(١) .

وقد نصت المادة - ١٠٥ - من مشروع قانون الامارات على أنه : [لا يقع الطلاق إلا من الزوج ، أو ممن يملكه الزوج لإيقاعه] .

ومشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ٨٤ - على الآتي : [يقع الطلاق من الزوج ، أو من وكيله بوكالة خاصة ، أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها] .
وواضح أن معنى المادتين واحد .

شروط المطلق :

يشترط في المطلق : أن يكون زوجا بالغاً عاقلاً مختاراً . وهذا باتفاق الفقهاء .
ولكن قد روي في مذهب الامام أحمد جواز طلاق الصبي إذا كان يعقل معنى الطلاق .
فلا يصح الطلاق من غير زوج ولا من صبي مميز أو غير مميز خلافاً للحنابلة الذين أجازوا طلاق الصبي المميز الذي يعقل الطلاق ولو كان دون عشر سنين بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها ^(٢) .

ولا يصح طلاق المجنون ومثله المغمي عليه والمدهوش ، وهو الذي اعترته حالة الانفعال لا يدري فيها مايقول أو يفعل بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - [لا طلاق في إغلاق] ^(٣) .

(١) الله الإسلامي وأدلته ٣٦٠/٧ ، ٣٦١ .

(٢) المغني ٢٥٨/٨ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود عن عائشة نيل الأوطار ٢٣٥/٦ .

والإغلاق : كل ما يمسد باب الإدراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها .

ودليل اشتراط التكليف - البلوغ والعقل - في المطلق قوله : - صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يثيق ^(١)) .

وقوله : - صلى الله عليه وسلم - : [كل طلاق جائز الاطلاق الصبي والمجنون] ^(٢) .

ولأن الطلاق تصرف يحتاج إلى ادراك كامل وعقل وافر وهذا لا يتوافر في الصبي والمجنون ، ولأن الطلاق تصرف ضار فلا يملكه الصبي ولو كان مميزا ^(٣) .

١- طلاق المرتد :

المرتد : [هو الخارج عن الاسلام : فإن طلق زوجته بعد الدخول فطلاقه موقوف وإن أسلم في العدة تبينا وقوعه ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة أو ارتد قبل الدخول ، فطلاقه باطل لانفساخ النكاح قبله باختلاف الدين] .

٢- طلاق السفیه :

السفيه : هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم .

وقد اتفق جمهور الفقهاء على صحة طلاق السفیه ونفاذه إذا كان بالغاً ولو لم

(١) رواه أحمد وأبو داود عن علي وعمر الجهمي الصغير ٢٤٢/٢ .

(٢) الحديث قال عنه الزيلعي : حديث غريب تصبى الراية ٢١١/٣ .

(٣) فتح القدير ٢/٢٨٨ ، مغني المحتاج ٣/٢٧٩ .

يأذن له ولديه ، لأن موضع الحجر إنما هو في التصرفات المالية والطلاق وأثره ليس من التصرفات المالية . والرشد ليس شرطاً لوقوع الطلاق ^(١) .

وقد خالف الجمهور الشيعة الإمامية بمعنى أن طلاق السفية لا يقع إلا بعد أن يأذن القيم به ، لأن الطلاق يترتب عليه حقوق مالية والسفيه ممنوع من التصرفات المالية ؛ فوجب أن يكون موقوفاً حتى يجيز القيم .

ولا شك أن ما قال به الجمهور هو الراجح ، لأن الطلاق حق شخصي للزوج لا يشاركه فيه أحد ، ولا يصح إلا منه ، فيكون صحيحاً واقعاً كما قال بذلك الجمهور .

ولم يتعرض مشروع الإمارات وكذلك مشروع دول مجلس التعاون ، لطلاق السفية ، وهذا معناه أن الطلاق يقع منه - كما قال الجمهور - وليس في حاجة إلى إذن ولديه

٣- طلاق الغضبان :

ذهب الفقهاء إلى أن طلاق الغضبان لا يقع إذا اشتد الغضب به حتى يصل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل ، أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله وهذه حالة نادرة .

واستدلوا على ذلك :

بما روته السيدة عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : [لا طلاق ولا عتاق في إغلاق] ^(٢) . وفسر الإغلاق بالغضب .

(١) الدرر الكبير ٢/٤٦٦ ، مفتي المحتاج ٣/٢٧٨ ، الفتي ٨/٢٥٨ .

(٢) نهل الأوطار ٦/٢٣٥ .

فإن ظل الشخص في حالة وعي وإدراك - عند غضبه - لما يقول فيقع طلاقه ، وهذا هو الغالب في كل طلاق يصدر عن الرجل ، لأن الغضبان لا يستطع عنه التكليف في حال غضبه بمعنى أن ما يصدر منه فهو مسئول عنه مثل لو قتل نفسا أو أخذ مال الغير بغير حق وغير ذلك ، فهو مسئول عن كل هذا .

٤- طلاق المكره :

إذا أكره شخص بغير حق على أن يطلق زوجته ، فهل يقع الطلاق الذي صدر منه وتلفظ به أم لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

الأول : ذهب الحنفية إلى القول : بوقوع طلاق المكره .

واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(١) .

فقد قالوا : بأن الآية لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق المختار^(٢) .

واستدلوا كذلك : بأن المكره حينما تلفظ بالطلاق كان قاصدا للفظ ومختارا له ، وكل ما في الأمر أنه غير راض بالأثر المترتب على الطلاق ، وهذا ليس مانعا من وقوعه قياسا على الهازل ، ومعلوم أن الهازل طلاقه واقع - كما سيأتي - بالحديث الذي نص على ذلك .

الثاني : وهو ما ذهب إليه الجمهور ، من أن طلاقه لا يقع :

واستدلوا على ذلك :

(١) البقرة / ٢٣٠ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠٠/٣ ، فتح القدير ٣٩/٢ .

أولاً : بقوله سبحانه : ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ...﴾ ^(١) .

فقد دلت هذه الآية ووضحت على أنه سبحانه وتعالى وضع عن الناس الكفر إذا نطق به ألسنتهم وكانت قلوبهم على خلاف ذلك بسبب ما أكرهوا عليه ، كما دلت - من باب أولى - على سقوط حكم ما كان دون الكفر .

ثانياً : بقوله - صلى الله عليه وسلم - [إن الله تجاوز عن أمسي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] ^(٢) .

فهذا الحديث واضح الدلالة على أنه لا يتعلق مع الإكراه حكم .

والرأى : هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء مع عدم وقوع طلاق المكره لقوة أدلتهم ، ثم إن المكره لم يقصد وقوع الطلاق وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه .

وأما ما استدل به الحنفية من الآية : وهو قولهم إن الآية لم تفرق بين مكره وغير مكره فمسلم ولكن هذه الآية مطلقة قيدتها السنة الصحيحة مثل الحديث السابق .

شروط الإكراه :

اشتراط الجمهور لعدم وقوع الطلاق بالإكراه أربعة شروط :

١- أن يكون الإكراه بغير حق . أما إذا كان الإكراه بحق مثل إكراه القاضي له من أجل حق ثبت للزوجة بطلاق وأبى الزوج ذلك فأجبره القاضي على الطلاق فطلاقه صحيح وواقع .

(١) النحل / ١٠٦ .

(٢) رواه ابن ماجه في سننه عن أبي ذر ٢٢٢/١ .

٢- أن يكون المكره - بكسر الراء - قادراً على أن يحقق ما يهدد به أو أن يشعر المكره بفتح الراء - بذلك أن ما يهدد به سوف يلحق به .

٣- ألا يستطيع المكره دفع الإكراه عن نفسه .

٤- أن يكون بما يكره عليه ضرر يصيبه في نفسه أو ماله أو ولده بقتل أو ضرب أو حبس^(١) .

وقد أخذ برأي الجمهور قانون الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م والمعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م بأن طلاق المكره لا يقع . فقد جاء في المادة رقم (١) لا يقع طلاق السكران والمكره^(٢) .

٥- طلاق السكران :

السكران : هو الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام وبعد إفاقته لا يعي ما صدر منه حال سكره وهو إما متعد بسكره أم لا .

فإن كان غير متعد بسكره بأن كان سبب السكر أمراً مباحاً كمن شرب الخمر للضرورة أو شربها مكرهاً أو تناول شيئاً قد تخمر وهو لا يدري ، إلى غير ذلك من هذه الحالات . فهذا طلاقه لا يقع كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

لأنه في هذه الحالة قد فقد الإدراك والقصد عنده ، لذلك لا يُعول على كلامه ، وهو في هذه الحالة شبيه بالنائم بل هو أشد منه ، لأن النائم يدرك عند إيقاظه أما

(١) الفني ٢٦١ / ٨ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٤ صادر عن الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٩٨٥م ، نظام الأسرة لأسئلة كلية الشريعة ٢١٢ ، ٢١٣ .

السكران فلا يدرك شيئا إلا بعد ذهاب تأثير المادة المخدرة ، وإذا كان النائم لا يقع طلاقه فمن باب أولى كان السكران .

أما إن كان متعديا بسكره بأن شرب الخمر وهو عالم بها متعمدا مختارا ، أو تناول المخدر من غير حاجة أو ضرورة .

فقد اختلف الفقهاء في هذا :

ذهب الجمهور : إلى القول : بوقوع طلاقه عقوبة وزجرا له عن ارتكاب المعصية ، ولأنه تناوله باختياره من غير ضرورة .

وذهب بعض الفقهاء : وهم الظاهرية وبعض الحنفية والمالكية والشافعية ورواية في مذهب أحمد إلى القول : بعدم وقوع طلاق السكران متعديا كان أم لا ، وذلك لعدم توافر قصد الوعي والإرادة الصحيحة لديه فهو زائل العقل كالمجنون وفاقدا الإرادة كالسكران فتصح عبارته مغلغة لا أثر لها .

وللسكر عقوبة أخرى وهي الحد فلا مسوغ لضم عقوبة أخرى عليه ^(١) .

والراجح هو ما ذهب إليه الراي الأخير لأن السكران - وإن كان آثما - فهو لا يدري مايقول وما يفعل فلا يقع طلاقه سواء أكان متعديا بسكره أم لا ، لأنه لا يجوز أن يكون التفريق بين الزوجين عقوبة لمن يتعاطى السكر ، حيث إن له عقوبة أخرى حددها الشارع له .

وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية - كما سبق - .

(١) فتح القدير ٤١/٣ ، شرح المحرشي ١٧٢/٣ ، للمذهب ٨٢/٢ ، مغني المحتاج ٢٢٩/٣ ، المغني ٢٢٥/٨ ، الخلى لابن حزم ٢٠٨/١٠ .

وإذا كان الاختيار بعدم وقوع طلاق السكران فلا بد إذا من تحديده تحديدا دقيقا ، لأنه ليس من المعقول أن يقال : بعدم وقوع طلاق كل سكران . بل يشترط في السكران الذي لا يقع طلاقه : أن يصل به السكر إلى الحد الذي لا يعلم به مايقوله وما تصرف به ، فحينئذ يكون فاقدا للإدراك ، أما إذا كان يعي مايقول ولو كان سكران فطلاقه يقع .

وقد جرى على ذلك - عدم وقوع طلاق السكران مطلقا - العمل حيث جاء في نص المادة - ١٠٨ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[يشترط لوقوع الطلاق من الزوج أن يكون بالغا عاقلا مختارا قاصدا إلى اللفظ الذي يقع به الطلاق واعيا مايقول :

فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والكراه والمخطيء والدمهوش والغضبان إذا أخرجه الغضب عن عادته وصار بغضبه كالكراه على الطلاق ، وإن كان لاخلل في أقواله] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ٨٥ - على :

[أ- يشترط في (المطلق) العقل ، والاختيار .

ب- لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والسكران والكراه ، ومن كان فاقدا للتمييز بغضب أو غيره] والمعنى الذي وصل إليه المشروعان واحد .

الركن الثاني : القصد :

المراد بالقصد في الطلاق : هو إرادة التلفظ به ولو لم ينوه .
فهل يشترط أن يكون المطلق قاصدا الطلاق ^(١) . حتى يقع طلاقه أم أنه يقع من كل مكلف بمجرد أن ينطق باللفظ الدال على وقوعه ؟
اتفق الفقهاء على اشتراط القصد في الطلاق ، فلا يقع طلاق فقيه يكرره ، ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره ، لأنه لم يقصد معناه بل قصد التعليم والحكاية .
كذلك لا يقع الطلاق بمجرد النية بدون لفظ ، فمن طلق زوجته في نفسه دون أن يتلفظ بشيء ، فلا عبرة بطلاقه ، وعلى هذا أجمع الفقهاء : لأن الطلاق لابد فيه من لفظ مخصوص يدل عليه أو مايقوم مقامه من إشارة أو كتابة ، ولقوله -- صلى الله عليه وسلم -- [إن الله تجاوز عن أمتي ماحدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم] .
متفق عليه .

ومما يتصل بهذا الركن - القصد :

١- طلاق الهازل .

٢- وطلاق المخطيء .

طلاق الهازل : هو قصد اللفظ دون معناه ، فقد ينطق بلفظ الطلاق وهو قاصد ذلك ولكنه لا يقصد وقوع الطلاق كأن تقول الزوجة - في معرض دلال أو مداعبة أو استهزاء - : طلقني فيقول لها - لاعبا أو مستهزئا - طلقك .
فهل يقع هذا الطلاق أم لا ؟

(١) حاشية ابن عابدين ٨٥٤/٢ ، فتح القدير ٣٩/٣ مغني المحتاج ٢٨٧/٣ ، كشف القناع ٢٦٣/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٠ ، الشرح الصغير ٥٤٣/٢ ، نظام الأسرة ٢١٤ ومابعدها .

اختلف الفقهاء في وقوع طلاق الهازل على قولين :

الأول : ذهب جمهور الفقهاء إلى القول : بوقوع طلاق الهازل :

واستدلوا على ذلك بما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : [ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ^(١)] . وفي رواية : [والمتاق] وفي رواية : [واليمين] .

فهذا الحديث واضح الدلالة على من طلق هازلا فطلاقه واقع ، وذلك من أجل حمل الناس على عدم اللهو واللعب في أقوالهم وتصرفاتهم ، حيث إنها ستكون نافذة عليهم وملزمة لهم ، والله سبحانه وتعالى قد نهى عن التلاعب بالأحكام الدينية لقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَتَخَنَّوْا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوا... ﴾ ^(٢) . فمن لعب بها ترتب الأثر الشرعي عليها عقابا له وزجرا ، ولهذا كان وقوع طلاق الهازل .

الثاني : وهو ما ذهب إليه الظاهرية وقول غير مشهور لمالك وأحمد وبعض الشيعة بأن طلاق الهازل لا يقع ، لأنه لم يقصد تطليق زوجته بهذا اللفظ الذي قاله لهوا ولعبا .

واستدلوا على ذلك : بعموم قوله - صلى الله عليه وسلم - [إنما الأعمال بالنيات ...] .

والهازل لانية له في الطلاق فلا يقع طلاقه .

وأجيب عن هذا : بأن هذا الحديث عام يخصه الحديث السابق .

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي - سبل السلام ١٧٥/٣ .

(٢) بقرة / ٢٣١ .

وعلى هذا فإن الراجح : هو ماذهب إليه الجمهور من القول بوقوع طلاق
 الهازل لقوة أدلتهم ثم إن الحديث الذي أستدل به هذا الرأي خصصه حديث الجمهور
 [ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والعقاق] والشرعة الإسلامية
 تبغي من هذا أن تصان الألسن عن مثل هذه الأشياء وأن لا يكون هناك عبث بأموار
 الدين ، وخصوصا بالنسبة للطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله سبحانه .
 وبهذا يتضح أن الأخذ برأي جمهور الفقهاء هو الأولى .

طلاق المخطيء : (١)

المخطيء : من سبق لسانه إلى لفظ لا يقتضيه .
 والمراد بطلاق المخطيء : هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فذل لسانه
 ونطق بالطلاق من غير قصد أصلا ، بأن أراد أن يقول لامرأته : أنت طاهر فقال خطأ
 : أنت طالق .

حكم طلاقه : اختلف الفقهاء في وقوع طلاق المخطيء على قولين :

الأول : ذهب الشافعية والحنابلة - في إحدى الروايتين - والظاهرية إلى
 القول : بعدم وقوع طلاق المخطيء مطلقا لعدم القصد .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٣٦/٢ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٣٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٨٧/٣
 ٢٨٨ ، المغني ٢٦٥/٨ ، المحلى لابن حزم ١٠٠/١٠ .

واستدلوا على ذلك :

١- بقوله سبحانه : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ ^(١) .

٢- ويقول : - صلى الله عليه وسلم - [إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] .

فآلية والحديث صريحان وواضحان في أنه لا يتعلق مع الخطأ حكم .

الثالث : وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية ثانية إلى القول :

بأنه لا يقع طلاق المخطيء في الفتوى والديانة أي فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ويقع في القضاء ، إلا أن المالكية قيدوا وقوعه قضاءً بأن لم يثبت سبق لسانه بالبينة ، وإلا فلا يلزمه في فتوى ولا في قضاء .

واستدلوا على ذلك :

بأن الخطأ أمر باطني يعرف من صاحبه وفي التعرف عليه حرج ومشقة ، وظاهر الكلام الصريح لا يحتاج إلى قصد ونية ، لأن الظاهر يدل على الباطن ويعبر عنه فإذا ما نطق الزوج بعبارة الطلاق وكان عاقلاً وقع طلاقه - بمعنى أنه حين عرضه على القضاء كان على القاضي الذي يطلب منه الفصل بين الزوجين في هذا النوع من الطلاق ، أن يحكم بوقوع هذا الطلاق لأن الظاهر - كما سبق - يؤيده ، والله سبحانه وتعالى أمرنا أن نحكم بالظاهر وهو سبحانه يتولى السرائر .

الراجع : والذي أرجحه في هذا الموضوع من أجل منع الاحتيال والتلاعب

(١) الأحراب / ٣ .

وضمانا لحقوق الزوجة هو الأخذ بالقول الذي يذهب الى وقوع طلاق المخطيء ، إلا إذا قامت قرينة على أن الزوج لم يقصد الطلاق بحيث يثبت أن لفظه كان خطأ ، فهنا نأخذ بالرأي الآخر الذي قال بعدم وقوع الطلاق ، وهذا يكون حينما يظهر لنا أن الزوج تلفظ بالطلاق وهو لا يقصد معناه بل قصد معنى آخر فأخطأ لسانه بلفظ الطلاق .

الركن الثالث ^(١) : محل الطلاق :

محل الطلاق هو المرأة ، فالمرأة هي التي يقع عليها الطلاق .

وقد اتفق الفقهاء على أن الطلاق يلحق المرأة إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلا ولو قبل الدخول ، أو في أثناء العدة من طلاق رجعي ، لأن الطلاق الرجعي لا يزول به رابطة الزوجية كما هو معلوم إلا بعد انتهاء العدة .

كما اتفقوا - أيضا على المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى لا يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة لاستنفاد حق الزوج في الطلاق ، لأن الزوج لا يملك أكثر من ثلاث طلاقات فلا تكون هناك فائدة من الطلاق .

واتفقوا - كذلك - : على أنه إذا كان الزواج فاسدا أو انتهت عدة المرأة مطلقا فلا يقع عليها طلاق آخر .

واختلفوا فيما إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى هل تكون محلا للطلاق أم لا ؟ .

ذهب الجمهور : إلى القول بأنه لا يلحقها طلاق آخر ، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن إذا لا تكون محلا للطلاق .

(١) الدر المختار ٦٢٢/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج ٢٩٦/٣ ، القوانين الفقهية ٢٢٩ ، المغني ٢٣٢/٧ .

وذهب الحنفية : إلى القول : بأنه يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة ، وذلك من أجل بقاء بعض أحكام الزواج من وجوب النفقة والسكنى في بيت الزوجية وكذلك عدم حل زواجها برجل آخر في العدة من أجل هذا فإنها تكون محلا للطلاق لأنها تعتبر زوجة حكما . وعبارة الحنفية في هذا : [الصريح يلحق الصريح ، ويلحق البائن بشرط العدة ، والباين يلحق الصريح] .

وقد نصت المادة - ١٠٩ - من مشروع قانون الإمارات على الآتي :
[يشترط لوقوع الطلاق على الزوجة ، أن تكون في زواج صحيح ، وغير معتدة] .

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ٨٦ - على :
[لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح ، وغير معتدة] .
وبهذا يتضح أن المشرعين قد ضيقا دائرة الطلاق بصورة جاءت على خلاف ما قال به الجمهور بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعي .

الركن الرابع : الولاية على محل الطلاق :

الولاية على محل الطلاق ركن من أركان الطلاق كما قال بذلك الشافعية ، وهو فرع عن الركن السابق وهو محل الطلاق .

والمقصود منه : بيان حكم طلاق الأجنبية ، بمعنى أن طلاقها قبل زواجها قد اختلف فيه الفقهاء بعد تزوجها هل يقع أم لا ؟

وكان للفقهاء في تعليق الطلاق على الملك أو على النكاح آراء ثلاثة :

أولاً : رأي الحنفية :^(١)

ذهب الحنفية إلى القول بأن الطلاق يتعلق بشرط التزويج سواء عمم المطلق جميع النساء أو خصص فإذا أضاف رجل الطلاق إلى النكاح وقع عقب النكاح مثل أن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، لأن هذا الطلاق معلق على شرط ، فلا يشترط لصحته وجود الملك في حال الطلاق وإنما يكفي وجوده عند تحقق الشرط

ثانياً : رأي المالكية :^(٢)

ذهب المالكية إلى القول : بأنه إذا عمم المطلق جميع النساء لم يلزمه وإن خصصه لزمه . فمن قال : كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق ، فإن هؤلاء يطلقن إذا تزوجهن الرجل المطلق .

أما إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، فلا تطلق امرأة تزوجها .

وسبب التفرقة بين التعميم والتخصيص : استحسان مبني على المصلحة ، بمعنى أنه إذا عمم ثم أوجبنا عليه التعميم فإنه لن يجد سبيلا إلى النكاح فكان في ذلك حرج ومشقة وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق .

(١) فتح القدير ٣ / ٤٤ ، بدائع الصنائع ٣ / ١٠١ - ١٠٢ ، نظام الأسرة ٢١٩ وما بعدها .

(٢) الشرح الصغير ٢ / ٩٥٩ ، القوانين الفقهية / ٢٢٨ .

ثالثاً : رأي الشافعية والحنابلة :^(١)

ذهب الشافعية والحنابلة وكذلك الظاهرية إلى القول : بأن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلاً بمعنى إذا عم المطلق أو خصص . فمن خاطب أجنبية بطلاق مثل : أنت طالق ، أو قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، أو علق الطلاق على النكاح مثل : إن تزوجتك فأنت طالق ، كان كل هذا لغوا لا يقع به شيء ومعلوم أن الطلاق المنجز على الأجنبية لا يقع بالاتفاق ، وأما المعلق على الزواج فلا يتفاء الولاية من القائل على محل الطلاق .

واستدلوا على ذلك :

يقوله - صلى الله عليه وسلم - [لا طلاق قبل نكاح]^(٢) . ولأنه قد بلغ ابن عباس أن ابن مسعود يقول : إن طلق مالم ينكح فهو جائز فقال ابن عباس : أخطأ في هذا فإن الله يقول ﴿ إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ﴾ ولم يقل إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن .

الراجع : أعتقد أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن معهم من أن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلاً سواء كان هناك تعميم من جهة المطلق أم تخصيص وذلك لقوة أدلتهم وخصوصاً الحديث ، حيث أنه حديث صحيح حسنه الترمذي ، أما ما عتمد عليه الحنفية والمالكية فهي أدلة عقلية - ما وجدت فائدة كبيرة في ذكرها هنا - لذلك رجح قول الشافعية ومن معهم .

(١) الملعب ٨٠/٢ ، كشاف الفناح ٢٧٦/٥ ، المحلى لابن حزم ١٠/٢٢٦ .

(٢) رواه ابن ماجه والترمذي ، نصب الرأية للزيلعي ٢٣٠/٣ وما تبعها .

الركن الخامس : الصيغة :

لكل تصرف قولي في الشرع لفظ يدل عليه ولا بد في الفرقة بين الزوجين من لفظ يعرف به قصد الزوج وعزمه على الطلاق وما يقوم مقامه .

وقد يقع الطلاق - أيضا - بما ينوب عن اللفظ كالكتابة والإشارة واللفظ الذي يقع به الطلاق : قد يكون لفظا صريحا لا يحتمل معنى سواه ، لأنه وضع في اللغة والشرع لهذا الغرض .

وقد يكون لفظا جرى به العرف واشتهر بين الناس على أن المراد منه الفرقة بين الزوجين وهو : ما يحتمل معنى الطلاق وغيره . وهو ما يعرف باللفظ الكناهي .

أولاً : اللفظ الصريح الذي يقع به الطلاق :

لا خلاف بين الفقهاء في أن لفظ الطلاق وما اشتق منه صريح في الطلاق ، فإذا قال الزوج لزوجته أنت طالق أو طالقة أو مطلقة أو طلقتك وقع الطلاق وإن لم ينوه ، لأن هذا اللفظ موضوع له على الخصوص وثبت عن طريق الشرع والعرف .

لكن الفقهاء اختلفوا في حصر اللفظ الصريح بهذه الكلمة [أنت طالق وما اشتق منها] أم أن الصريح يشمل ألفاظا أخرى غير هذه الكلمة ؟

ذهب جمهور الفقهاء : ^(١) . إلى : القول : بأن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما اشتق منه فقط وما عداه مما يحتمل الطلاق وغيره فكناية لا يقع به الطلاق إلا أن ينويه . مع ملاحظة أن الحنفية جعلوا من قبيل صريح الطلاق قول الرجل : [أنت

(١) تبين الحقائق ١٩١/٢ ، بداية المجهد ٤٥/٢ ، حاشية الدسوقي ٤٢٧/٢ ، المغني ١٦٤/٨

علي حرام أو حرمتك أو محرمة [^(١)] . وكذلك المالكية جعلوا للكناية الظاهرة حكم الصريح ، وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو اللغة كلفظ الفراق والتسريح ، وكقوله : أنت بائن ، حيث إن الكنايات الظاهرة عندهم لا تحتاج إلى النية .

وذهب الشافعية : ^(٢) إلى القول : بأن صريح الطلاق الفاظ ثلاثة هي : الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منها . وهو ماذهب إليه الظاهرية ^(٣) . أيضا واستدلوا على ذلك :

بأن هذه الألفاظ قد ورد بها القرآن الكريم بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا - الفراق والسراح - صريحين فيه كلفظ الطلاق .

قال سبحانه : ﴿ فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ^(٤) .
وقال سبحانه ﴿ وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ﴾ ^(٥) .

الراجح : هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وحده وما اشتق منه ، لأن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا ، وكذلك ما ذهب إليه الحنفية من قول الرجل [أنت على حرام أو حرمتك أو محرمة] حيث غلب استعمال الناس له في الطلاق فصار من ألفاظ الصريح ، ومعلوم أن العرف مصدر من مصادر التشريع .

أما لفظة الفراق والسراح وإن ورد في القرآن بمعنى الفرقة فقد ورد - أيضا لغير

(١) لأنه وإن كان في الأصل كناية ، فقد غلب استعمال الناس له .

(٢) معنى المحتاج ٢٨٠/٣ . (٣) المغلى لابن حزم ١٨٩/١٠ .

(٤) البقرة / ٢٢٩ . (٥) النساء / ١٣٠ .

هذا كثير . يقول سبحانه : ﴿واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا﴾ ^(١) . ويقول سبحانه ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ ^(٢) . فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق ، وكذلك فإن استعمالات الناس لها غير كثير بخلاف - على الحرام أو محرمة - كما سبق .

حكم الطلاق الصريح :

يقع الطلاق باللفظ الصريح بدون حاجة إلى نية أو دلالة حال ، فلو قال الرجل لزوجته : أنت طالق ، وقع الطلاق ، دون أن نلتفت لادعائه أنه ما أراد الطلاق .

ثانياً : الطلاق بلفظ الكناية :

الكناية في الطلاق هي : كل لفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره ، ولم يكن متعارفاً بين الناس في إرادة الطلاق . مثل قول الرجل لزوجته : أنت بائن اذهبي ، الحقى بأهلك ، اعتدي ونحوها من الألفاظ التي لم توضع للطلاق ، وإنما يفهم الطلاق بالقرينة أو دلالة الحال : وهي حالة مذاكرة الطلاق أو الغضب . فمثلاً : فارقيني ، هذا اللفظ يحتمل معنى الفراق ، وكذلك الطلاق ولكن الفراق أعم فيحتمل أنه أراد مفارقتها إياه من الزوجية ، ويحتمل أنه أراد مفارقة الأهل فإن نوى المعنى الثاني فلا شيء عليه وإن نوى المعنى الأول فهل يقع الطلاق أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :

الأول : مذهب الظاهرية : لا يقع بلفظ الكناية طلاق وإنما الطلاق يقع بأحد

(٢) البينة / ٤ .

(١) آل عمران / ١٠٣ .

ألفاظ ثلاثة هي : الطلاق أو السراح أو الفراق .

الثاني : مذهب الجمهور :

فالطلاق يقع عندهم بلفظ الكناية إذا نوى الزوج الطلاق ، ولكن الحنفية والحنابلة قد قالوا :

بوقوعه أيضا - بدلالة الحال على إرادة الطلاق ، كأن يكون الطلاق في حالة الغضب ، أو في حالة المذاكرة بالطلاق .

وقد نصت المادة - ١٠٦ - من مشروع قانون الامارات على ما يأتي :

[١- يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيسه شرعا أو عرفا ، ولا يقع بألفاظ الكناية إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق ، ولا تثبت النية إلا باعترافه] .

[٢- ويقع من العاجز عن الكلام بالكتابة التي يقصد بها إيقاعه] .

[٣- ويقع من العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهومة] .

ومشروع دول مجلس التعاون لم يتعرض لهذا .

ثالثا : مايقوم مقام اللفظ في الطلاق :

كما يقع الطلاق باللفظ يقع أيضا بما يقوم مقام اللفظ وينوب عنه ، والذي يقوم مقام اللفظ هو الكتابة والإشارة .

الطلاق بالكتابة : ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الطلاق يقع بالكتابة ، ولكن هناك تفصيل في هذا : [وعبرة الحنفية ^(١) . الكتابة إما مستبينة أو غير

(١) الدر المختار ورد المختار ٥٨٩/٢ ، البدائع ١٢٦/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وجب الزحيلي

مستبينة ، والكتابة المستبينة : هي الكتابة الظاهرة التي يبقى لها أثر كالكتابة على الورق والحائط والأرض والكتابة غير المستبينة : هي التي لا يبقى لها أثر ، كالكتابة على الهواء أو على الماء ، وكل شيء لا يمكن فهمه وقراءته ، وحكمها : أنه لا يقع بها طلاق وإن نوى .

[أما الكتابة المستبينة فهي نوعان : كتابة مرسومة : وهي التي تكتب مصدرة ومعنونة باسم الزوجة وتوجه إليها كالرسائل المعهودة ، كأن يكتب الرجل إلى زوجته قائلا : إلى زوجتي فلانة ، أما بعد فأنت طالق ، وحكمها حكم الصريح إذا كان اللفظ صريحا ، فيقع الطلاق ولو من غير نية] .

وأما الكتابة غير المرسومة : فهي المكتوبة إلى غير عنوان الزوجة وليست باسمها ولا توجه إليها كالرسائل المعروفة ، مثل أن يكتب الرجل في ورقة [زوجتي فلانة طالق] .

وحكمها : حكم الكتابة ولو كان اللفظ صريحا ، بمعنى أن الطلاق لا يقع بها إلا بالنية .

وكما أن الطلاق يقع بالكتابة يقع أيضا - بالرسالة ، أي بإرسال رسول ، وذلك بأن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على النحو المكلف به .

وحكمها : حكم الطلاق الصريح باللفظ ، حيث أن الرسول ينقل كلام الرسل ، فكان كلامه ككلامه .

الطلاق بالإشارة :^(١)

اتفق الفقهاء على أن الطلاق يقع بالإشارة المفهومة بيد أو رأس عند العجز عن النطق كالأخرس وذلك دفعا للحاجة ، فإذا حدث وطلق الأخرس بالإشارة طلقت زوجته .

ولكن الحنفية قالوا : بأن الأخرس إذا كان يحسن الكتابة ، لا تجوز إشارته ، أما الناطق القادر على الكلام ، فلا يصح عند الجمهور طلاقه بالإشارة ، كما لا يصح نكاحه بها .

فلا يقع الطلاق بالإشارة إلا ممن كان عاجزا عن النطق وهو الأخرس :
وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في الفقرة الثانية من المادة - ٨٣ - على أن الطلاق [يقع باللفظ ، أو بالكتابة ، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة] .

رابعاً : الإضافة والتعليق في الطلاق :^(٢)

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الصيغة وذلك من حيث اشتغالها على الإضافة إلى زمن في المستقبل أو على التعليق على أمر مستقبل ، وعدم اشتغالها على ذلك إلى ثلاثة أقسام :

١- طلاق منجز .

٢- طلاق مضاف .

٣- طلاق معلق .

(١) الدر المختار ورد المختار ٥٨٤/٢ ، الشرح الصغير ٥٦٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٨٤/٣ ، المغني ٢٣٨/٧
الفقه الإسلامي وأدلته ٣٨٥/٧ .

(٢) البدائع ١٥٦/٣ ، ١٥٧ ، اللباب ٤٥/٣ ، ٤٦ ، الشرح الصغير ٥٧٥/٢ - ٥٨٤ ، مغني المحتاج ٣٠٢/٣ ، ٣١٣ - ٣٣٤ ، المغني ١٦٤/٧ - ١٧١ ، المحلى ٢٦٤/١٠ ، نظام الأسرة ٢٢٥ ومايعملها .

أولاً : الطلاق المنجز :

الطلاق المنجز أو المعجل : هو ما كان بصيغة مطلقة بمعنى أن تكون غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل ، أي ما قصد به الحال كان يقول الزوج لزوجته : أنت طالق ، أو أنت مطلقة .

وحكمه : أنه يقع في الحال وتترتب عليه آثاره بمجرد صدوره ، متى كان الزوج أهلاً لإيقاع هذا الطلاق والزوجة محلاً لوقوعه .

ثانياً : الطلاق المضاعف :

هو ما أضيف حصوله إلى وقت في المستقبل ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق غداً أو في أول شهر رجب - مثلاً - .

وحكمه : يقع هذا الطلاق عند مجيئ أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه ، إذا كانت المرأة محلاً لوقوع هذا الطلاق عليها عند ذلك الوقت وكان الزوج كذلك أهلاً لإيقاعه ، لأنه قصد إيقاعه بعد زمن وليس في الحال .

لقوله : أنت طالق غداً يقع بأول جزء منه وهو عند طلوع الفجر .

وقوله : أنت طالق في أول شهر رجب يقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه ، وهو حين تغرب الشمس في آخر يوم من شهر جمادى الثاني .

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول : بأن من قال أنت طالق قبل موتي بشهرين أو أكثر ، فمات قبل مضي شهرين ، لم تطلق لانتهاء الشرط ، ولأن الطلاق لا يقع في الماضي .

وإن مضى شهران ثم مات بعدهما ولو بساعة طلقت مستنداً لأول المدة لا عند الموت ، وفائدة الطلاق أنه لا ميراث لها ، لأن المدة قد تنتهي بشهرين ، بثلاث

حيضات عند الحنفية ومن وافقهم^(١) .

ثالثاً : الطلاق المعلق :

هو ما كان بصيغة ترتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل ، بأداة من أدوات الشرط أي التعليق ، كقول الزوج لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو إذا سافرت إلى بلدك فأنت طالق .

ويترتب على الطلاق المعلق على شرط : أنه لا يقع إلا عند حصول الشرط المعلق عليه ، وهو في المثالين السابقين دخول الدار والسفر .

والتعليق إما لفظي : وهو الذي تذكر فيه أداة الشرط صراحة مثل : إن وإذا .

وأما معنوي : وهو الذي لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة بل تكون موجودة من حيث المعنى مثل قول الزوج : على الطلاق لأفعلن كذا أو لأفعلن كذا .

فالمقصود منها هنا بحسب العرف : لزوم الطلاق إن لم يحصل المحلوف عليه ، أو حصل .

شروط التعليق :

اشتراط جمهور الفقهاء لصحة التعليق شرطين :

الأول : أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معدوماً على خطر الوجود ، بمعنى أنه يحتمل الوجود وعدمه .

فلو كان موجوداً كان طلاقاً منجزاً مثل قول الزوج لزوجته : إن كانت الشمس

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، د / وهبة الزحيلي ٤٤٣/٧ .

طالعة فأنت طالق وكانت طالعة ، أو مثل قوله : إن كانت السماء فوقنا فأنت طالق ، فهذا أمر محقق الوجود فالتعليق هنا صوري ويقع الطلاق في الحال .

وإن كان الشرط المعلق عليه الطلاق مستحيل الوجود عادة - مثل قوله : إن صعدت السماء فأنت طالق ، ومنه التعليق بمشيئة الله تعالى ، كأن يقول أنت طالق إن شاء الله تعالى ، فلا يقع عند الحنفية ، لأن التعليق لا يصح ، واليمين لغو ، ووافق الحنفية بقية المذاهب فيما إذا كان التعليق بمستحيل عادة .

ووافق الحنفية - أيضا - المالكية والشافعية والظاهرية في التعليق بمشيئة الله ، بمعنى أنه لا يقع الطلاق عندهم إن قصد التعليق ، وقال الحنابلة : يقع الطلاق ، لأن ما لم يمكن الاطلاع عليه يكون منجزا ويقع في الحال ، وسقط حكم تعليقه .

الشرط الثاني :

أن يحصل المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها بأن تكون في حال الزوجية فعلا أو حكما ، في أثناء العدة وهذا باتفاق الفقهاء ، أو في أثناء العدة من الطلاق البائن بينونة صغرى عند الحنفية ، وهذا بخلاف بقية الأئمة .

فلو قال رجل لامرأة أجنبية : إن كلمت فلانا فأنت طالق ، فكلمته ، لم يقع الطلاق ، وكذا لو تزوجها ثم كلمت فلانا هذا لا تطلق ، لأنها كانت وقت التعليق غير محل لإيقاع الطلاق .

ولا يشترط عند حصول المعلق عليه أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ، فلو حدث وطلق الرجل طلاقا معلقا ثم جن ، ووجد المعلق عليه بعد هذا الجنون ، وقع

الطلاق ، لأن الصيغة حين صدرت كانت من أهلها مستوفية شروطها ، فيترتب عليها أثرها .

صور الطلاق المعلق :

للطلاق المعلق عدة صور وهي :

١- قد يكون قصد الزوج من الشرط المعلق عليه الطلاق مدلوله اللغوي وهو وقوع الطلاق عند حصول الشرط .

٢- وقد يكون قصد الزوج تخويف زوجته ليمنعها من عمل أي شيء كقوله - مثلا - : إن سافرت فأنت طالق ، وهو هنا يقصد منعها من السفر ولا يقصد طلاقها .

٣- وقد لا يكون للزوجة دخل في قصده ونيته كمن يقصد حمل آخر على فعل شيء أو تركه كمن يقول لآخر : إن لم تسافر معي فأمرأتي طالق ، أو إن فعلت كذا فأمرأتي طالق .

٤- أو أن يقصد تقوية عزيمة نفسه بتعليق الطلاق على فعل شيء أو تركه كقوله : إن لم أسافر فأمرأتي طالق ، وقد قصد هنا حمل نفسه على السفر لا الطلاق .

٥- أو أن يعلق الطلاق على أمر طبيعي لا دخل لإرادة الإنسان فيه كقوله لزوجه : إن هطلت الأمطار بعد يوم فأنت طالق .

في جميع هذه الصور يقع الطلاق عند الجمهور^(١) . حين وقوع الأمر المعلق

(١) فتح القدير ٧٦/٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية ٢٣١ ، مغني المحتاج ٣ / ٣١٤ وما بعدها ، المغني ٧ / ١٧٨ ، المحلى ١٠ / ٢٥٨ ، المختصر الخلف ٢٢٢ ، أحكام المرتبة ٣ / ٦٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٤٤٧ - ٤٥٠ ، نظام الأسرة ٢٢٨ .

عليه سواء أقصد وقوع الطلاق أم لا ، لأن الطلاق في جميع هذه الصور باللفظ الصريح فلا يحتاج إلى نية لوقوعه .

وقال الظاهرية : والشيعية الإمامية : اليمين بالطلاق أو الطلاق المعلق إذا وجد المعلق عليه فهو لا يقع أصلاً ، سواء أكان على وجه اليمين : وهو ما قصد به الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر ، أم لم يكن على وجه اليمين ، وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

وقال ابن تيمية وابن القيم : إن كان التعليق قسمياً أو على وجه اليمين ووجد المعلق عليه لا يقع ، ويجزئه عند ابن تيمية كفارة يمين إن حنث في يمينه ، ولا كفارة عليه عند ابن القيم مثل قوله : عليّ الطلاق لا أفعل كذا ووجد المعلق عليه هنا لا يقع الطلاق ويكفيه - كما سبق - كفارة يمين عند ابن تيمية ، ولا كفارة عليه عند ابن القيم .

وأما إن كان التعليق شرطياً أو على غير وجه اليمين بمعنى أن يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط ، فإن الطلاق يقع عند حصول الشرط .

أئمة الجمهور : استدلوا بالكتاب والسنة والمقول .

الكتاب : فقد استدلوا بالآيات المطلقة الدالة على مشروعية الطلاق والتي فوضت الأمر فيه إلى الزوج ، مثل قوله سبحانه ﴿الطلاق مرتان﴾ فهي لم تفرق بين منجز ومعلق ، ولم تقيد وقوعه بشيء ، والمطلق يعمل به على إطلاقه ، فكان من حق الزوج هنا إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزاً أو غير ذلك .

أما السنة : فقد استدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - | المسلمون عند شروطهم [.

وكذلك بوقائع كثيرة وقعت في عصره - صلى الله عليه وسلم - والصحابة ،
منها : ما أخرجه البخاري عن ابن عمر قال : [طلق امرأته البتة إن خرجت] فقال
بن عمر : إن خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشيء .

ولما المعقول : فقد قالوا : بأن الحاجة قد تدعو إلى تعليق الطلاق كما تدعو
إلى تنجيذه ، زجرا للمرأة ، فإن خالفت كانت هي التي جنت على نفسها . ويقاس
الطلاق القسمي على المداينة إلى أجل والعلق إلى أجل .

أدلة الظاهرية والإمامية :

فقد قالوا : بأن تعليق الطلاق يمين ، واليمين بغير الله تعالى لا تجوز ، بقوله
- صلى الله عليه وسلم - [من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله] ^(١) .

وقالوا أيضا : أنه لا طلاق إلا ما أمر الله عز وجل ، ولا يمين إلا بما أمر الله
عز وجل على لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم - واليمين بالطلاق ليس مما سماه
الله يمينا ، والله سبحانه يقول : ﴿ ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾ ^(٢) . ولم
يات قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق المعلق .

ورُد على هذا : بأن تسمية الطلاق المعلق يمينا إنما هو من قبيل المجاز ،
حيث إنه يفيد ما يفيد يمين بالله تعالى : وهو الحث على الفعل أو المنع منه ، أو
تأكيد الخبر ، فلا يكون الحديث المذكور متناوِلاً لطلاق المعلق . ثم إن السنة قد وردت
بوقوع الطلاق المعلق - كما سبق - واستدلوا أيضا بقياس الطلاق على النكاح ، فإن
النكاح لا يصح تعليقه ، فكذلك لا يصح تعليق الطلاق . ورُد على هذا بأنه قياس مع

(١) رواه أبو عبيدة عن ابن عمر .

(٢) الطلاق / ١ .

الفارق ، لأن تعليق النكاح مناف للمقصود منه ، أما الطلاق فإنه لا ينافيه .

أدلة ابن تيمية وابن القيم : ^(١)

استدل بن تيمية وابن القيم على رأيهم بالآتي :

١- بأن الطلاق المعلق القسمي إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر ، كان في معنى اليمين ، فيكون داخلاً في أحكام اليمين في قوله سبحانه ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ ^(٢) .

وردّ على ذلك بأن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لاشترعاً ولا لغة ، وإنما هو يمين على سبيل المجاز ، بأنه يشابه اليمين الشرعية في إفادة الحث على الفعل أو المنع منه ، إذا لا يكون له حكم اليمين الحقيقي : وهو الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته بل يكون له حكم آخر : وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

[٢- وبما رواه البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنه -] الطلاق عن وطء والعق ما ابتقى به وجه الله [أي أن الطلاق إنما يقع ممن كان غرضه إيقاعه ، لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره وردّ على هذا أيضاً : بأن معنى الوطر ليس هو كما ذكرتم ، بل معناه : لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز] .

الراجح : هو ماذهب إليه الجمهور من القول بوقوع الطلاق المعلق مطلقاً والذي في معنى اليمين عند حصول الأمر المعلق عليه .

ثم إنه يُقال : إن الناس في هذه الأيام أكثروا من استعمال الأيمان في الطلاق في بيعهم ومعاملاتهم تقوية لعزائهم وإرضاء لمن يتعاملون معهم وقد يكون ذلك صدقاً أو

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٤٥٠/٧ . (٢) التحريم ٢ / ٢ .

كذباً .

ويقال - أيضاً - إن الشبان غالباً في هذه الأيام يستخدمون اليمين بالطلاق للتهديد لايقصد الإيقاع ^(١) .

لذلك نصت المادة - ١٠٧ - من مشروع قانون الامارات على ما يأتي :

[١- لا يقع الطلاق إلا إذا كان منجزاً ولم يكن يميناً .

[٢- ويعتبر من قبيل التنجيز الطلاق على مال إن أخذ صورة التعليق على

القول ، أو على عمل في المجلس ، وكذلك إذا كان المعلق عليه أمراً واقعاً متعلقاً بالمال] .

وبناء على هذا ، أي على ما جاءت به هذه المادة فإن الطلاق المضاف ، أو الطلاق المعلق كلاهما لا يقع لأنه ليس منجزاً .

وأما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ٨٧ - على الآتي :

[أ - لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق .

ب - لا يقع الطلاق بالحلف بيمين الطلاق ، أو الحرام .

ج - لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً ، أو كتابةً ، أو إشارةً ، إلا طلقة

واحدة] .

(١) ليس هنا مبرراً بعدم وقوع الطلاق المعلق ، ولو تتبعنا أحوال الناس وأفعالهم - من قبيل التيسير كما يقال - لأدّى بنا الأمر إلى الخروج عن كثير من أحكام ديننا .

المبحث الثالث " في العدد المشروع للطلاق وكيفية إيقاعه "

من خلال هذا البحث سوف أتحدث عن أمرين :

الأمر الأول : في عدد الطلاق والدليل عليه وبمن يعتبر .

الأمر الثاني : في الطلاق المقترن بعدد أو إشارة .

أولاً : في عدد الطلاق وبمن يعتبر :

كان العرب في الجاهلية يطلق الرجل منهم امرأته بما يشاء وفي أي وقت يشاء ، دون تقيد بعدد في إيقاع الطلاق ، ودون التقيد بأي وقت كذلك ، فكان من حقه أن يطلقها بما شاء من عدد الطلاق ، فكان في ذلك ضرر عظيم على الزوجة حيث يستطيع الرجل أن يطلقها ويراجعها بلا نهاية ، بمعنى أنه يفعل بها هذا من قبيل الكيد بها فيتركها معلقة ليست بذات زوج ولا مطلقة . ثم جاء الإسلام فأباح الطلاق للحاجة اليه وشرع العدة حدا لحق الرجل في مراجعته زوجته ، ثم حدده بثلاث تطليقات ، يستطيع الرجل بعد اثنتين منهما أن يراجع زوجته وهي في عدتها ، أما إذا كانت الطلقة الثالثة انقطعت بعدها الصلة الزوجية فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره يقول سبحانه : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ وروى الإمام أحمد وغيره أن رجلا قال يا رسول الله : أرأيت قول الله ﴿ الطلاق مرتان ﴾ فأين الثالثة ؟ قال : التسريح بإحسان الثالثة (^١) .

وقد نصت المادة - ١١٤ - من مشروع قانون الامارت على مايتي :

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢٧٢ / ١ .

[١- يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات .

٢- زواج المطلقة بزواج آخر يهدم بالدخول طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إلى الزوج السابق ملك عليها ثلاث طلاقات جديدة] .

ومشروع القانون لدول مجلس التعاون لم يتحدث عن هذا من خلال مواده .

حكمة مشروعية الطلاق ثلاثاً:

إن الحكمة في هذا التحديد لهذا العدد المشروع من الطلاق وجعله ثلاثاً : هو أن الرجل عندما يطلق الزوجة كثيراً ما يغفل عن حاجته إليها فيعتريه لفقدها الندم غالباً ويحس بضرورة عودتها لتشارك في حياته ، وأنه بهذا الطلاق قد أخطأ فأبيح له مراجعتها ، وهذه التجربة تكفي فيها المرة ثم المرة الثانية أيضاً يستطيع بعدها للاختيار ، لأن الطلاق الثاني ، لا يكون إلا يعد الندم على ما كان أولاً وبعدة - الطلاق الثاني - يكون الندم ثانياً ومراجعة النفس مرة أخرى ، فإذا راجعها بعد الطلاق الثاني هذا ، وبعدما ندم ثانياً وحاسب نفسه ، كان في هذا ترجيحاً لأمسакها على تسريحها ويبعد أن يعود إلى ترجيح الغراق بعد أن رآه هو بالأختيار التام مرجوحاً لاحتاجة إليه ، فلن هو عاد وطلق الثالثة فمن الحكمة أن تبين منه ويخرج أمرها من يده ، لأنه علم من ذلك أن لائقة بالتناميها وإقامتهما حدود الله .

بمن يعتبر عدد الطلاق ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين

الأول : وهو مذهب جمهور الفقهاء :

وقد قالوا : بأن الطلاق معتبر بالرجال ، بمعنى إن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة .

أما إن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت الزوجة أو أمة .

وقد استدلوا على ذلك :

بأنه سبحانه وتعالى خاطب الرجل بالطلاق فكان محله معتبرا بهم ، ولأن الطلاق خالص حق الزوج فكان عدده معتبرا به ^(١) .

الثاني : وهو مذهب الحنفية :

وقد قالوا : بأن عدد الطلاق معتبر بالنساء ، بمعنى أن زوج الحرة له ثلاث طلاقات وإن كان عبداً ، وزوج الأمة اثنتين وإن كان حراً .

وقد استدلوا على ذلك :

بقوله - صلى الله عليه وسلم - : [طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان] رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن عائشة ^(٢) .

وأجيب عن ذلك :

بأن هذا الحديث قال عنه أبوداود رواه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث . وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : [طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقرء الأمة حيضتان ، وتتزوج الحرة على الأمة ، ولا تنكح الأمة على الحرة] .

والواضح من هذا النص أنه يؤيد ماذهب إليه الجمهور من أن عدد الطلاق

(١) الشرح الكبير ٨ / ٣٢٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣ / ٢٤٦ .

معتبر بالرجال .

ثم إنه من الواضح أن الأقرب إلى الفقه ما قال به الحنفية من اعتبار حال المرأة ، لأن من ملك عددا من الطلقات فهو يملك إيقاعه في أوقات السنة ، وهذا لا يتصور إذا اعتبرنا جانب الرجل وكانت الزوجة أمة .

وبهذا حاج عيسى بن أبان بن صدقه الإمام الشافعي فالزمه الحجة إذ قال : أيها الفقيه إذا ملك الحر على الأمة ثلاث تطليقات كيف يطلقها للسنة ؟ فقال يوقع عليها واحدة فإذا حاضت وطهرت يوقع عليها واحدة ، فلما أراد أن يقول بعد ذلك ، فإذا حاضت وطهرت قال أمسك حسبك فإن عدتها قد انتقضت بالحیضتين . فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ^(١) .

ووضح بعد هذا ، أنه لاختلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث ، وأن العبد الذي تحته أمة طلاقه اثنتان .

وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حرا والآخر رقيقا .

ثانياً : في الطلاق المقترن بعدد أو إشارة والمكرر .

الله سبحانه وتعالى بين لنا في كتابه أن الطلاق جعله على مراحل حتى تكون الفرصة للمراجعة والحساب يقول سبحانه : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ ^(٢) . وقال سبحانه : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ^(٣) . ففي هاتين الآيتين دليل على أن الطلاق المشروع يجب أن يكون مرة بعد مرة عقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . ومعنى

(١) الأحوال الشخصية أ . د / عبد مصطفى شحاته ٩٩ .

(٢) البقرة / ٢٢٩ (٣) البقرة / ٢٣٠ .

الإمساك : الرجعة . ومعنى التصريح : ترك الرجعة أي ترك الزوجة حتى تنقضي عدتها ، فإذا راجعها بعد الطلقة الأولى كانت عنده على تطليقتين فإن بدا له أن يطلقها مرة ثانية كان الحكم كالطلقة الماضية ، ولكنه في هذه المرة إذا راجعها في العدة أو بعد العدة بمعد جديد ثم عاد فطلقها - الثالثة - فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

لكن إذا طلق الزوج زوجته بلفظ الثلاث مرة واحدة كقوله لها : أنت طالق ثلاثاً ، أو اقترن لفظ الطلاق بإشارة تدل على الثلاث ، أو طلقها بألفاظ متكررة في مجلس واحد كقوله لها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق . فإن تخللها فصل ^(١) ، وقعت الثلاث سواء أقصد التأكيد أم لا ، لأنه خلاف الظاهر وإن قال : قصدت التأكيد صدق ديانة لأقضاء .

وإن لم يتخلل فصل : فإن قصد تأكيد الطلقة الأولى بالأخيرتين ، فإنها تقع واحدة لأن التأكيد في الكلام معهود في اللغة والشرع . وإن قصد استثنافاً أو أطلق - بأن لم يقصد تأكيداً ولا استثنافاً - تقع الثلاث ، عملاً بظاهر اللفظ . وكذا تطلق ثلاثاً إن قال : أنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق ، أو عطف بالواو أو بالفاء .

هذا ماتفق عليه أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية ^(٢) . أما غير أئمة المذاهب وبعض الظاهرية فقد قالوا : بعدم وقوعه ثلاثاً ، بمعنى أنه يقع طلقة واحدة .

(١) المراد بالفصل : أن يسكت فرق سكتة النفس .

(٢) الباب ٤٩/٣ ، الدر المختار ٦٣٢/٢ ، المهذب ٨٤/٢ ، المغني ٢٣٣/٧ - ٢٣٥ ، القوانين الفقهية ٢٢٩ ، فقه الإسلام وأصله ٣٩١/٧ .

ولكن قبل الحديث عن هذا تفصيلا وبيان أدلة الفريقين ، لابد من الكلام
أولا : عن حكم الطلاق الثلاث من حيث الحل والحرمة .

أولاً : حكم الطلاق الثلاث من حيث الحل والحرمة :

اختلف الفقهاء في حكم إيقاع الطلاق المقترن بعدد الثلاث ، وكذلك التكرار في
مجلس واحد ، هل هو بدعي محرم أم أنه لا بدعة فيه وإنما هو جائز مباح ؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول :

بأن الطلاق إذا زاد على الواحدة فهو طلاق بدعي محرم ديانة ، بمعنى أنه
يقع مع الإثم ، لأن الطلاق المسنون هو أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة في طهر لم
يقربها فيه وبتركها حتى تنقضي عدتها .

فإذا حدث وجمع الرجل الطلقات الثلاثة بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في
مجلس واحد أو في طهر واحد يكون بدعيا محرما ^(١) .

وذهب الشافعية والحنابلة - في رواية - وابن حزم : إلى القول :

بأنه لا بدعة في عدد الطلاق ، فمن حق الرجل أن يطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا بلفظ
واحد وكذلك في مجلس واحد أو في طهر واحد أو في عدة واحدة .
ولكنهم قالوا : الأولى عدم الجمع ^(٢) .

دليل الجمهور : فكما سبق فإنهم قد استدلوا بأن هذا طلاقا غير سني

لخالفته للنصوص الواردة في بيان الطلاق السني والبدعي .

(١) الهناية ٢٢/٣ ، مواهب الجليل ٣٩/٣ ، المغني ٢٤٠/٨ .

(٢) مغني المحتاج ٣٩٢/٣ ، الفرج ٥١/٢ ، المغني ٢٤٠/٨ ، المحلى ١٧٠/١٠ ، نظام الأسرة ٢٣٣ .

واستدلوا أيضا بمسندته - صلى الله عليه وسلم - فقد روى عنه محمود بن لبيد قال : أخير - صلى الله عليه وسلم - عن رجل طلق امرأته ثلاث جميعا ، فقام غضبان ، ثم قال : (أيلعب بكتاب الله ، وأنا بين أظهركم ؟ ، حتى قام رجل ، فقال : يا رسول الله ألا أقتله)^(١) .

وهذا دليل : على أن الطلاق بلفظ الثلاث محذور ، وإلا ما كان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد غضب من ذلك .

دليل غير الجمهور : فقد استدلوا على ذلك :

بما روي أن عويمر قد تلاعن وامراته ، وكان ذلك بين يدي النبي - صلى الله عليه وسلم - فلما فرغا من ملاعنتهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن امسكتها ، فطلقها - عويمر - ثلاثا وكان ذلك قبل أن يأمره الرسول - صلى الله عليه وسلم - والرسول - صلى الله عليه وسلم - هنا لم يوجه إليه لوما ولم ينهه عن شيء كما حدث لابن عمر .

والرأي الراجح في هذا هو ماذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم ، وضعف أدلة مخالفينهم ويجاب : عن الحديث الذي استدل به أصحاب هذا الرأي بأن المتلاعنين الفرقة قد وقعت بينهما بنفس التلاعن ، فيكون الطلاق بهذا لم يصادف محله ، لهذا لا يتصف لا بسنة ولا ببدة .

(١) قال ابن كثير : استأنه جده ٢١٢ ، نيل الأوطار ٢٢٧/٦ .

ثانياً : حكم الطلاق الثلاث من حيث الوقوع وعنده :

الطلاق الثلاث له صورتان :

الأولى : أن يكرر الرجل النطق بالطلاق ثلاث مرات في مجلس واحد بأن يقول لزوجته : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق أو بالعطف .

الثانية : أن يجمع الطلقات بالعدد من غير تكرار لفظ الطلاق فيقول أنت طالق ثلاثا . وهذا الطلاق إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ولكل منهما أحكام تخصه :

١ - أحكام الطلاق الثلاث قبل الدخول :

اختلف الفقهاء في الطلاق الثلاث قبل الدخول هل يقع واحدة أم ثلاثا ؟ فذهب أصحاب الرأي والشافعي وأحمد وإبْن حزم وإبْن مسعود وسفيان الثوري وغيرهم : الى أنه إذا قال الزوج لزوجته قبل الدخول : أنت طالق ثلاثا وقعت ثلاثا . أما إن قال لها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق فلا تقع إلا واحدة ، لأنها بانَّت منه بالأولى .

وقال مالك : إذا قال لها ثلاث مرات ، أنت طالق نسقاً متتابعة حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ، فإن سكَّت بين التطليقتين بانَّت الأولى ولم تلحقها الثانية . وقال بعض الفقهاء : إنها واحدة سواء قالها بلفظ واحد أو بثلاثة ألفاظ . وقال فريق آخر : إنها ثلاث سواء أوقع الثلاث بلفظ واحد أو بثلاثة ألفاظ^(١) .

(١) إضاعة اللهبان ٣٢٥/١ ، المحلى ١٧٤/١٠ .

٢- أحكام الطلاق الثلاث بعد الدخول :

إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول ثلاثاً بكلمة واحدة كقوله لها : أنت طالق ثلاثاً ، أو بكلمات في مجلس واحد أو طهر كقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، يكون آمناً ، لكن هل يقع هذا الطلاق أم لا ، وإذا وقع فهل يقع ثلاثاً أو واحدة ؟ .

للفقهاء في ذلك ثلاثة مذاهب :

الأول : لا يقع به شيء إذا كان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة .

والى هذا ذهب بعض الشيعة الإمامية ، أما إذا كان الطلاق الثلاث بألفاظ متكررة فيقع طلاقاً واحدة بلا خلاف عندهم ^(١) .

الثاني : وذهب جمهور الزيدية والإمامية وبعض الظاهرية وابن تيمية وابن القيم ^(٢) . إلى القول بأن الطلاق الثلاث يقع به طلاقاً واحدة رجعية سواء أكان بكلمة واحدة أم بألفاظ متكررة .

الثالث : ذهب جمهور الفقهاء منهم أئمة المذاهب الأربعة وهو منقول عن أكثر الصحابة والتابعين ^(٣) . إلى القول : بأنه يقع به ثلاث طلاقات .

لكنه يسن أن يطلق الرجل طلاقاً واحدة عند الحنفية والمالكية ، لأن طلاق السنة هو : أن يطلقها واحدة في طهر لم يقربها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ، وقد استدل كل فريق بأدلة تؤيد مذهب إليه ، إلا أن أدلة المذهب الأول

(١) السرائر لحمد بن إدريس وهو من أئمة الشيعة الإمامية ٣٣٨ .

(٢) البحر الرضائي ١٧٤/٣ ، السرائر ٣٣٨ ، فتاوي ابن تيمية ١٧/٣ ، أعلام المرفقين ٤٧/٣ وما بعدها .

(٣) المنهاج ٢٣/٣ ، مواهب الجليل ٢٩/٣ ، مفتي المحتاج ٣١٢/٣ ، المغني ٢٤٠/٨ ، المحلى ١٧٠/١٠ .

ضعيفة^(١) لا تقوى على المناقشة ولذلك سوف أستعني عنها وأقف أمام أدلة الثاني والثالث .

أدلة المذهب الثاني : وقد استدلوا بالكتاب والسنة على أن الطلاق الثلاث يقع واحدة رجعية . أما الكتاب : فقولہ سبحانه : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾^(٢) .

بمعنى أن المشروع هو تفريق الطلاق مرة بعد مرة ، لأنه سبحانه قال : [مرتان] ولم يقل [طلقان] .

وليس من المشروع أن يكون الطلاق كله دفعة واحدة ، لهذا إذا جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد لا يقع إلا واحدة .

ويرد على هذا بأن الآية ترشد إلى الطلاق المشروع ، وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقا ، فيكون المرجع في هذا - وقوع الطلاق الثلاث ، ثلاثا - السنة ، وقد بينت السنة هذا .

وأما السنة :

١- حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : (كان الطلاق على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - [إن الناس قد استعجلوا في أمر

(١) وما قالوه : بأن الطلاق الثلاث والطلاق في الحيض بلعة لذلك لا يقع به شيء لأنه جاء على غير حنود التشريع فلا يلتفت إليه ، وقد قال - صلى الله عليه وسلم - : [من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد] .

(٢) البقرة / ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

كانت لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم [^(١)] .

فدلالتة واضحة على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة ، وهو لم ينسخ بأن العمل به استمر في عهد أبي بكر وستين من خلافة عمر ، ثم إن عمر أمضاه من باب المصلحة والسياسة الشرعية .

وأجيب عن هذا بأنه محمول على التكرير ، أي تكرير لفظ الطلاق ثلاث مرات ، بأن يقول : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق . فهذا يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد ، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع ، والناس على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبي بكر كانوا صادقين في إرادة التوكيد ، لأنهم أصحاب فضل وخلق قويم ، فلما رأى عمر في زمانه أموراً ظهرت ، وأن أحوال الناس قد تغيرت ، وفشا فيهم إيقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التأويل ، ألزمهم الثلاث إذا كان مكرراً ، حيث صار الغالب عليهم قصدُها ، وهو ما أشار إليه بقوله : [إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة] .

ومخالفة عمر لما مضى لاشيء فيها ، لأنها ترجع إلى تغير الحكم بسبب تغير العرف وحال الناس .

٢- وحديث ابن عباس أنه قال طلق ركائة ^(٢) زوجته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله - صلى الله عليه وسلم - كيف طلقته ؟ فقال طلقته ثلاثاً في مجلس واحد فقال : إنما هي طلقة واحدة فارتجعها [.

(١) رواه أحمد وسلم - نيل الأوطار ٢٣٠/٦ .

(٢) نيل الأوطار ٢٣٢/٦ .

وأجيب عنه بأجوبة :

منها : معارضته لفتوى ابن عباس ، فإنه كان يفتي من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثا .
ورد على هذا بأن المعتبر روايته لا رأيه .

أدلة المذهب الثالث : الجمهور :

استدل أصحاب هذا المذهب الذين قالوا بوقوعه ثلاثا بالكتاب والسنة .

أما الكتاب : فقد استدلوا بقوله سبحانه ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾^(١) .

وجه الاستدلال من الآية الكريمة : أنها من باب العموم ، وعلى هذا فالكلام المفهوم من قوله سبحانه (طلقتم) عام في كل طلاق لا فرق في ذلك بين أن يكون هذا الطلاق ، واحدا أو اثنين أو ثلاثا ، ومفرقا أو بلفظ واحد ، وبين أن يكون رجعيا أو بائنا ، ومن المعروف أن العام يبقى على عمومه مادام لم يكن هناك ما يخصص هذا العموم ولا مخصص له هنا .

وأما السنة :

روى النسائي عن محمود بن لبيد قال : [أخبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا ، فقام غضبان ثم قال (أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟) حتى قام رجل وقال : يا رسول الله ألا أقتله ؟]^(٢) .

(١) البقرة / ٢٣٦ .

(٢) قال ابن كثير : إسناده جيد : نيل الأوطار ٢٢٧/٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤٠٦/٧ - ٤١١ .

فهذا يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يكون ثلاثاً ، ويلزم الطلق بها ، ولو كان هذا يعتبر عصياناً بالنسبة لايقاع الطلاق بدليل غضب النبي - صلى الله عليه وسلم - .

وأجيب بأنه مرسل لأن محمود بن لبيد لم يثبت له سماع من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، وإن كانت ولادته في عهده - صلى الله عليه وسلم - وهذا مردود ، لأن مرسل الصحابي مقبول .

وبناء على ما ذكر يكون مذهب الأئمة وجمهور الفقهاء هو الراجح وهو الذي اختاره وما عداه فهو مرجوح .

ومع أن مذهب الجمهور هو الراجح ، فقد عدل عنه مشروع قانون الامارات ، وأخذ بالرأي المرجوح ، حيث قد نصت المادة - ١١٥ - على أن [الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة وكذلك المتتابع ، أو المتعدد في مجلس واحد] .

وكذلك نصت الفقرة - ج - من المادة - ٨٧ - من مشروع دول مجلس التعاون على الآتي : [لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو كتابة أو إشارة إلا طلاقاً واحدة] .

موقف قانون الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية :

كان الحكم السائد في مصر بالنسبة للطلاق الثلاث ، قبل صدور قانون سنة ١٩٢٩م يعتبر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متتابعة في مجلس واحد ثلاثاً مستمداً هذا من مذهب الجمهور .

فقد جاء في المادة - ٢٣٩ - من قانون الأحكام الشرعية لقدرى باشا : | وإن قال لها أنت طالق ثلاثاً أو أشار إليها بثلاث أصابع قائلاً : طالق هكذا بانت بينونة كبرى] .

وبعد صدور القانون (٢٥) لسنة ١٩٢٩م والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م عدل عن الأخذ برأي جمهور الفقهاء إلى الأخذ برأي القائنين : بالوقوع طلقاً واحدة رجعية فقد جاء في المادة الثالثة من القانون المذكور :
[أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة] .

وبهذا أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية ، ومن هذه القوانين ، مشروع قانون الامارات ، ومشروع دول مجلس التعاون - كما سبق - .
وقد برروا ذلك بأن الناس قد كثر إيقاع الطلاق منهم مما يؤدي إلى شتات الأسرة وإلى مشكلة أسوأ وهي : اللجوء إلى نكاح المحلل ، ويقصدون من هذا أن يتزوج المطلقة ثلاثاً أجنياً بقصد تحليلها لمطلقها ، فبمجرد أن يعقد عليها ويدخل بها طلقها حتى يتزوجها الأول .

وهذا الذي أخذ به القانون من الأخذ بالقول المرجوح بحجة التيسير على الناس وربما أيضاً بتأثرهم بحملات توجه إلى الإسلام من أعدائه بالنسبة لموضوع الطلاق ليس بالأمر الجيد حيث أن الأخذ بشرعية الله وما يطمئن الإنسان إليه إنما يجب أن يكون هو محط النظر والرعاية والأخذ به ، ففي هذا سعادة الناس جميعاً وسلامة لهم .
أما أن نتلمس الرخص بحجة التيسير فهذا لن يجدي نفعاً ولن يحقق هدفاً .

المبحث الرابع " في انواع الطلاق وحكم كل نوع " وحكم الرجعة

الطلاق - كما سبق - ينقسم الى تقسيمات عدة باعتباريات متنوعة .
فهو من حيث الصيغة ينقسم الى : صريح وكناية ، وقد سبق هذا .
ومن حيث التنجيز والتعليق والإضافة ينقسم الى : طلاق منجز ومعلق ومضاف
إلى المستقبل وقد سبق أيضا . ومن حيث الرجعة وعدمها ينقسم الى : رجعي وبائن .
ومن حيث الموافقة للسنة وعدمها ينقسم الى : سني وبدعي .
وسوف أتحدث عن هذين التقسيمين فيما يأتي :

أولاً : الطلاق الرجعي والبائن :

ينقسم الطلاق من حيث إمكان الرجعة وعدمها إلى طلاق رجعي ، وطلاق بائن .

والبائن نوعان : طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

الطلاق الرجعي وما يتعلق به من أحكام :

الطلاق الرجعي : هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المصلحة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة ولو لم ترض بهذه الإعادة ، وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة . فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائناً فلا يملك إرجاع زوجته المطلقة إلا بمقد ومهر جديدين .

والدليل على ذلك : قوله سبحانه : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾^(١) .

بمعنى أن كل طلاق يتبعه أحد أمرين : الرجعة أو التسريح بإحسان^(٢) .
وقوله سبحانه : ﴿والطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء...﴾ إلى قوله ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أراوا إصلاحا﴾^(٣) . فالآية تدل على إمكان الرجعة مادامت المرأة في العدة . ولا خلاف بين الفقهاء في أن الطلاق الرجعي هو ما كان بعد طء وليس الطلقة الثالثة .

ولكن للفقهاء آراء في تحديد ضوابط وحالات الطلاق الرجعي أوضحها فيما يأتي :

يرى الحنفية : أن كل طلاق رجعي إلا الطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق بالكتابة المقترن بلفظ ينبيء عن الشدة أو القوة أو البيئونة أو الحرمة والطلاق المكمل للثلاث أو المقترن بعدد الثلاث ، والطلاق بسبب اللعان أو العيوب التناسلية التي هي الجب والعنة فيكون الطلاق رجعيا عندهم فيما يأتي :

١- الطلاق الصريح بعد الدخول الحقيقي : فمن قال لزوجته : أنت طالق يقع به طلاق رجعي .

٢- الطلاق الكتائي بعد الدخول الذي لا يفيد معنى الشدة والبيئونة .
مثل قول الرجل لامرأته : اعتدى ، استبرىء رحمك ، أنت واحدة ، فإنه يقع بهذه الألفاظ الثلاثة طلقة واحدة رجعية إذا نوى الزوج بها الطلاق .

(١) البقرة / ٢٢٩ . (٢) إضافة اللفظان ٢٩٩/١ . (٣) البقرة / ٢٢٨ .

٣- الطلاق الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء .

فالأول : يكون رجعياً لأن قدرة الزوج على الإنفاق متوقعة في أي وقت .

والثاني : يكون رجعياً - ايضاً - لتمكين الزوج من العودة إلى معاشرة الزوجة^(١) .

ويرى جمهور الفقهاء :

أن كل طلاق يقع رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول أو كان على مال ، أو كان مكملًا للثلاث أو مقترناً بعدد الثلاث .

وعلى هذا لا يقع عند الجمهور بطلاق الكنايات إلا الطلاق الرجعي ولو نوى بها البائن ، لأن الصريح لا يقع به إلا الطلاق الرجعي فالكناية التي هي أضعف من الصريح لاحتمالها الطلاق وغيره يكون الطلاق الواقع بها رجعياً من باب أولى^(٢) .

ما يتعلق بالطلاق الرجعي من أحكام :

اتفق الفقهاء على أن الطلاق الرجعي له أحكام هي :

١- نقص عدد الطلقات : يترتب على الطلاق الرجعي نقصان عدد الطلقات

التي يملكها الزوج فإذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً بقي له طلقان ، وإذا طلقها طلاقاً آخر بقي له طقة واحدة .

٢- إنهاء رابطة الزوجية بانتهاء العدة : فإذا طلقها طلاقاً رجعياً

وانقضت العدة من غير مراجعة بانث منه بانقضاء العدة .

(١) بدائع الصنائع ١٠٩/٣ - ١١٢ ، حاشية ابن عابدين ٢٥٠/٣ ومابعدهما .

(٢) مغني المحتاج ٣٣٧/٣ ، المغني ٣٧٧/٨ ، التوتانين للقهية ٢٢٦ .

٣- إمكان المراجعة في العدة : يملك المطلق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقاً وكذا بالفعل عند الحنفية والمالكية والحنابلة مادامت في العدة فإذا انقضت العدة بانتهائه فلا يملك إعادتها إليه إلا برضاها ويعقد ومهر جديدين .

٤- المطلقة رجعيًا زوجة : يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلانه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه إذا مات بلا خلاف .

٥- حرمة الاستمتاع :

ذهب الحنفية والحنابلة : إلى القول : بأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ، فيجوز الاستمتاع بالرجعية ولو وطئها لاحد عليه ، لأنه مباح .

يقول الحنفية : الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل مادامت في العدة .

والمقصود بالملك : حل الاستمتاع وسائر حقوق الزواج ، والمقصود بالحل بقاء المطلقة رجعيًا حالًا لن طلقها ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم^(١) .

وذهب المالكية - في المشهور - والشافعية : إلى القول بأنه يحرم الاستمتاع بالمرأة المطلقة طلاقًا رجعيًا بوطء وغيره حتى بالنظر ولو بلا شهوة ، لأنها مفارقة كالبائن ، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع ، فيحرمه الطلاق لأنه ضده ، فإن وطئ الزوج المطلقة رجعيًا فلا حد عليه ولا يعزر إلا معتقد تحريمه^(٢) .

الطلاق البائن بينونة صغرى وأحكامه :

الطلاق البائن بينونة صغرى : هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين .

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٣٩٨ ، ٣٩٩ . (٢) القروائين الفقهية ٢٢٦ وما بعدها ، مخي المحتاج ٣/٣٤٠ .

وذلك كالطلاق قبل الدخول ... والطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة ولم يراجع الزوج زوجته مالم يكن مكملًا للثلاث ^(١) .

حكم الطلاق البائن بينونة صغرى :

يظهر أثر الطلاق البائن بينونة صغرى في الآتي :

- ١- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي .
- ٢- زوال الملك لا الحل بمجرد الطلاق : فيحرم الاستمتاع مطلقاً والخلوة بعده ، ولا يجوز مراجعة المطلقة إلا بعقد ومهر جديدين ، ولكن يبقى الحل سواء في العدة أم بعدها بعقد جديد .
- ٣- يحل بمجرد الطلاق المؤجل - مؤخر الصداق - إلى أحد الأجلين : الموت أو الطلاق .

٤- منع التوارث بين الزوجين : بمعنى إن مات أحدهما أثناء العدة لا يرث الآخر ، لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية بمجرد صدوره إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت وقامت قرينة على الزوج بقصد حرمان الزوجة من الميراث ، فإنها عند الجمهور ترثه إن مات في العدة ، وكذا بعد العدة عند المالكية معاملة له بنقيض مقصوده .

الطلاق البائن بينونة كبرى وأحكامه :

الطلاق البائن بينونة كبرى : هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بآخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه .

(١) المراجع السابقة ، المجلد ٢٧٢/٨ .

وذلك يكون بعد الطلاق الثلاث سواء أكان مكملًا للثلاث تفريقاً بأن يطلق الزوج زوجته كل مرة طلقة ، أو كان هذا بالثلاث لفظاً أو إشارة . مثل : أنت طالق ثلاثاً ، أو أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاث ، أم مكرراً في مجلس واحد ...

هذا إذا لم يقصد تأكيد الطلقة الأولى السابقة ، فإن قصدوا فلا يقع إلا طلقة واحدة .

حكم الطلاق البائن بينونة كبرى :

الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل معا ولا يبقى للزوجية أثر سوى المدة وما يتبعها فيحل به الصداق الموجل إلى الطلاق أو الوفاة ويمنع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان الطلاق قراراً فيعامل بنقيض مقصوده .

وتحرم به المطلقة على الزوج تحريماً مؤقتاً فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه وذلك لقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ أَنْ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ .

ولما أخرج البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سئل عن المرأة يتزوجها الرجل فيطلقها قبل أن يدخل بها أتحل لزوجها الأول ؟ قال [لا ، حتى ينكح عسيلتها] ولا يحصل هذا إلا بالوطء .

ومعلوم أن هذا لا يتأتى إلا حينما يكون الزوج الثاني أهلاً للجماع بمعنى أنه لا يكون طفلاً أو ما أشبه ذلك .

وشروط الوطء : التقاء الختانين ولو من غير إنزال في رأي جماهير العلماء .

إلا الحسن البصري قال : لاتحل إلا بوطه وإنزال وجمهور العلماء : على أن

الوطه الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجة ويوجب
الصداق هو : التقاء الختاتين ^(١) .

وقد نص مشروع قانون الامارات ، وكذلك مشروع دول مجلس التعاون على
الطلاق الرجعي والبائن في المواد الآتية :

فقد نصت المادة - ١١٦ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :
[كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل ،
والطلاق المكمل للثلاث ، وما نص على كونه بائنا في القانون] .

وكذلك نصت المادة - ٨٩ - من مشروع القانون لدول مجلس التعاون على
الآتي :

[كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ،
والطلاق على بدل ، وما نص القانون على بينوته] .

وواضح أن المشروعين متفقان في تحديد الطلاق البائن ، ولكن الخلاف في
الترتيب فقط .

وكذلك قد نصت المادة - ١٠٤ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- الطلاق نوعان : رجعي وبائن .

٢- والطلاق الرجعي لاينهي الزوجية إلا بانقضاء العدة .

٣- والطلاق البائن ينهي الزوجية حين وقوعه .

(١) المعني ٤٧١/٨ ، ٤٧٢ ، والاجماع لابن المنذر ٤٥ / مسلكة ٤١١ ، نظام الأسرة كلية الشريعة ص

ونصت المادة - ٨٨ - من مشروع دول مجلس التعاون على ذلك أيضا ، وهما متفقان في ذلك . وقد أعتبر مشروع دول مجلس التعاون المخالفة طلاقا بائنا في المادة - ٩٥ - فقرة ج .

التوكيل في الطلاق والتفويض فيه ^(١) :-

التوكيل : وهو أن يوكل الزوج غيره في تطليق زوجته ، ومعلوم أن الزوج الذي يملك هذا ، هو الذي يصح طلاقه ، ولا يكون هذا إلا لأجنبي سواء صدر بلفظ الوكالة أم غيرها كطلق امرأتي ، والوكيل مقيد برأي الموكل ، فإذا خالفه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل ، وإذا لم يقيده بشيء معين طلق متى شاء .

التفويض :

الزوج الذي يملك الطلاق ويملك التوكيل فيه ، يملك التفويض فيه ، ويكون للزوجة بالإجماع لأنه - صلى الله عليه وسلم - خير نساء بين المقام معه وبين مفارقتها ، عندما نزل قوله سبحانه : ﴿ يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جميلا ﴾ .

وإذا كان التفويض لغير الزوجة فهو تعليق الطلاق على مشيئة شخص أجنبي كأن يقول له طلق زوجتي إن شئت .

والفاظ تفويض الطلاق إلى الزوجة ثلاثة :

١- طلقتي نفسك .

٢- اختاري نفسك .

٣- أمرك بيدك .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٤١٤ - ٤٢٤ .

واللفظ الأول لما كان من صريح الطلاق قالوا إن تفويض الطلاق به لا يحتاج إلى نية .

والأخيران لما كانا من كذايات الطلاق قالوا إن تفويضه بهما يحتاج إلى نية أو دلالة الحال كما هو المذهب الحنفي .

بدء التفويض :

التفويض قد يكون قبل إنشاء عقد الزواج ، وقد يكون مقارنا لهذا العقد أو بعده أثناء الزوجية ، فإذا كان بعد تمام عقد الزواج كان صحيحا وترتبت عليه آثاره بلا خلاف . وإذا كان قبل العقد كقول الرجل للمرأة : إن تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ثم تزوجها ، كان لهذه الزوجة حق تطليق نفسها متى شئت عند الحنفية ، لأن تعليق الطلاق على الزواج جائز عندهم ، وهذا التفويض تعليق للطلاق على الزواج ، وقد جعله - أي الطلاق - حسب مشيئتها ولهذا لا فرق بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق وقوله : إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت .

أما إذا كان التفويض مقارنا لإنشاء العقد فإنهم اشترطوا لصحة هذا التفويض أن يكون الإيجاب صادرا من الزوجة أو وكيلها ، كأن تقول للرجل : تزوجتك على أن الطلاق بيدي ، أو متى شئت ، أو كما شئت ، ويقبل الرجل التفويض .

فإن بدء الرجل بالإيجاب ، فقال للمرأة : تزوجتك على أن أمرك بيدك أو تطلقين نفسك متى شئت ، وقبلت المرأة الإيجاب ، يصح الزواج ، ولا يصح التفويض ، لأن الزوج في هذه الحالة قد ملكها تطليق نفسها قبل أن يكون عقد الزواج قد تم ، ولا يملك الزوج الطلاق قبل تمام الزواج ، وليس للشخص أن يملك غيره شيئا وهو في نفس الوقت لا يملكه .

وإذا صح التفويض بإيجاب المرأة وقبول الرجل ، حين العقد ، وكان مطلقاً عن التقيد بزمان معين ، كان تقول له : (تزوجتك على أن طلاقى بيدي) فيقول قبليت ، يقيد ملكها الطلاق بمجلس إنشاء العقد لهذا لو انتهت مجلس العقد ، لم يكن لها الحق في طلاق نفسها بعدئذ .

أما إذا قالت المرأة لرجل زوجتك نفسي على أن يكون أمر الطلاق بيدي أطلق نفسي متى شئت فقال : قبليت ، تم عقد الزواج وصح التفويض ، ولا يتقيد بزمان لعمومه .

حق الزوج في الطلاق مع التفويض :

التفويض بالرغم من أنه تمليك عند الحنفية ، فهو يشبه التوكيل فيبقى للزوج حق إيقاع الطلاق ، بعد أن يفوض الطلاق إلى زوجته ، وهذا مثل حق الموكل في أن يتصرف في الأمر الموكل فيه بعد التوكيل .

الفرق بين التوكيل والتفويض :

التوكيل والتفويض وإن كان كل منهما عند الحنفية لا يسلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق ، إلا أنهم يفرقون بينهما في أمور ^(١) .

١- إذا صدر التفويض لايملك الزوج الرجوع عنه ، أما التوكيل فيملك الموكل الرجوع عنه ، مادام الوكيل لم ينفذ ما وكل به .

٢- المفوض إليه يعمل في التفويض باختياره وبمشيئة نفسه ، لأن الزوج ملكه هذا الحق ، أما في التوكيل فإن الوكيل يعمل بمشيئة غيره ووفق هذه المشيئة ، لأن

(١) صح فقير ١٠٠/٣ ، رد المختار ٢ / ٦٥٣ .

الوكيل يعتبر ممثلاً للموكل وراثياً عنه ، لاملالكاً للحق الذي وكل فيه .

٣- التفويض المطلق يتقيد بالمجلس ، أما التوكيل فإن للوكيل بالطلاق من حقه أن يطلق في مجلس التوكيل وما بعده مادامت الوكالة مطلقة .

٤- التفويض لا يبطل بجنون الزوج ، لأنه في معنى التعليق ، أما التوكيل فيبطل بجنون الزوج ، لأن الجنون يخرج عن الأهلية ، وخروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية يبطل الوكالة^(١) .

وقد نصت المادة -١١٢- من مشروع قانون الامارات على الآتي :
[١- للزوج أن يوكل غيره للطلاق ، ولا يملك الوكيل أن يوكل غيره إلا بإذنه ، ويعتبر تفويض غير الزوجة توكيلاً .

٢- وإذا عزل الموكل الوكيل انتهت الوكالة وإن لم يعلم الوكيل] .
والمادة - ٨٤ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون تشير إلى هذا المعنى أيضاً .

نكاح المحلل :-

هو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثاً على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وإنما تزوجها ليحلها للزوج الأول .

وقد يكون التحليل بشرط صريح في العقد ، وقد يكون النكاح بقصد التحليل دون شرط .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٤٢٣/٧ - ٤٢٤ .

أولاً : النكاح بشرط التحليل :

إذا تزوج شخص من المطلقة ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يحلها الزوج الثاني لزوجها الأول ، فهذا النكاح فاسد وحرام عند جمهور الفقهاء ، وذلك لقول بن مسعود - رضي الله عنه - لعن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المحلل والمحلل له ^(١) . ولقوله - صلى الله عليه وسلم - : [ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل ، والمحلل له] ^(٢) .

والنهي يدل على فساد النهي عنه ولا يطلق اسم الزواج الشرعي على الزواج المنهي عنه .

ثانياً : النكاح بقصد التحليل دون شرط :

ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية : إلى القول : بأن الزواج إذا قصد به التحليل من غير شرط في العقد ، صحيح وتحل المرأة بوطه الزوج الثاني للزوج الأول ، لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر فوقع الزواج صحيحاً لتوافر شروط الصحة في العقد كما لو نوى التوقيت وسائر المعاني الفاسدة ^(٣) .

وذهب المالكية والحنابلة : إلى القول : بأن الزواج بقصد التحليل بدون شرط في العقد ، باطل ولا تحل به المرأة لزوجها الأول لقوله - صلى الله عليه وسلم - : [لعن الله المحلل والمحلل له] وعملاً بمبدأ سد الزرائع إلى الحرام ^(٤) .

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي ، نيل الأوطار ١٣٨/٦ .

(٢) رواه ابن ماجه عن عتبة ابن عامر نيل الأوطار ١٣٦/٦ .

(٣) بدائع الصنائع ١٩٨/٤ ، مغني المحتاج ١٨٣/٣ ، المحلى ٢٢٠/١٠ .

(٤) بداية المجتهد ٨٧/٢ ، اللعة شرح العمدة ٣٨٧ .

الراجح : هو ماذهب إليه الحنفية والشافعية وغيرهم من أن الزواج بقصد التحليل من غير شرط في العقد صحيح ، وتحل المرأة للزوج الأول بعد وطه الزوج الثاني ، لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر ، والمعروف أن العبرة في العقود للألفاظ وليس للمعاني .

وقد نصت المادة - ١١٤ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات .

٢- زواج المطلقة بزواج آخر يهدم بالدخول طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث فإذا عادت إلى الزوج السابق ملك عليها ثلاث طلاقات جديدة] .
وكذلك نصت المادة - ١٨ - من هذا المشروع على أنه (لايصح أن يتزوج الرجل المطلقة طلقة ثالثة إلا بعد إنقضاء عدتها من زوج آخر ، دخل بها فعلا في زواج صحيح] .

ثانيا : الطلاق السني والبدعي ^(١) :

ينقسم الطلاق من حيث موافقته السنة والبدعة إلى : طلاق سني وطلاق بدعي .

والسني : ماأذن الشارع فيه .

والبدعي : مانهى الشارع عنه .

والأصل في هذا التقسيم قوله سبحانه وتعالى : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ ^(٢) وقد فسر ابن عباس وابن مسعود هذه الآية بقولهم :

(١) نظام الأسرة كلية الشريعة ٢٤٩ - ٢٥٢ . (٢) الطلاق / ١ .

طاهرات غير جماع ، لهذا قال الفقهاء : حتى يكون الطلاق مشروعا فلا بد من كونه واحدة ، وكونه في طهر لم يجامع الزوج زوجته فيه .

وكذلك حديث عبد الله بن عمر ، فقد أخرج البخاري ومسلم من طريق مالك عن نافع بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما - أنه - أي عبد الله - طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال عمر بن الخطاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : [مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء] ^(١) .

هذا ومع اتفاق الفقهاء على هذا التقسيم فإن لهم آراء في تفسير الطلاق السني والبدعي ونوع الحكم في البدعي .

فذهب الحنفية : إلى القول بأن الطلاق ينقسم إلى سني وبدعي ، والطلاق السني عندهم نوعان : حسن وأحسن .

فأحسن الطلاق : أن يطلقها طلقة واحدة في طهر لاجماع فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها .

وأما الحسن : فهو أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار لاجماع فيها في كل طهر طلقة .

وذلك بأن يطلقها واحدة لطهر لاجماع فيه ، ثم إذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى ، ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى .

(١) صحيح البخاري ٤١ / ٧ .

وأما الطلاق البدعي : فهو أن يطلقها وهي حائض أو في طهر جامعها فيه ،
أو أن يطلقها ثلاثاً أو اثنتين في طهر واحد ^(١) .

وذهب المالكية ^(٢) : إلى أن الطلاق السني هو : أن يطلق الزوج زوجته في
طهر لم يقربها فيه طلبة واحدة ثم لا يتبعها طلاقاً حتى تنقضي العدة .

الطلاق البدعي : هو الطلاق في الحيض أو النفاس والطلاق في طهر جامعها
فيه ، وإيقاع أكثر من طلبة في طهر واحد أو أن يطلقها طلاقاً آخر قبل انقضاء عدتها .

وذهب الشافعية ^(٣) : إلى أن الطلاق السني : هو أن يطلق الرجل امرأته طلبة
واحدة في طهر لم يقربها فيه ، وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلبة ليخرج من
الخلافة ، وإن جمع الطلقات الثلاث في طهر واحد جاز ولا يحرم ، لأن فاطمة بنت
قيس شكت للنبي - صلى الله عليه وسلم - أن زوجها طلقها البتة ، قال الشافعي -
رضي الله عنه - يعني والله أعلم : ثلاثاً ، ولم نعلم أن النبي - صلى الله عليه وسلم
- نهى عن ذلك ، وقد فعله جمع من الصحابة ، وأفتى به آخرون .

وأما الطلاق البدعي : فهو أن يطلق المدخول بها في حال الحيض أو في طهر
جامعها فيه قبل أن يستبين حملها .

ووافق الحنابلة ^(٤) الشافعية في رأيهم بالنسبة للطلاق السني والبدعي ،
ولكنهم استحبوا مراجعة الطلقة في حيض ، ووجوب إمساكها حتى تطهر ، ثم

(١) بدائع الصنائع ٩١/٣ - ٩٦ ، فتح القدير ٢٢/٣ - ٣٧ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٢٥ ، والشرح الصغير ٥٣٧/٢ - ٥٤١ .

(٣) مغني المحتاج ٣٠٧/٣ - ٣١٢ ، للمذهب ٧٩/٢ ، ٨٩ .

(٤) المغني ٩٨ / ٨ - ١١٣ ، كشف القناع ٥ - ٢٦٩ - ٢٧٦ .

استحباب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر ، وهذا كما حدث بالنسبة
لابن عمر الذي أمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بذلك .

حكم الطلاق البدعي :

اتفق الفقهاء على أن الطلاق البدعي معصية فاعله آثم ، فهو عند الجمهور
حرام شرعاً .

والعلة في التحريم : أن الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه : فيه ضرر
بالمرأة بتطويل العدة عليها - لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لا تحتسب من العدة
وزمان الحيض زمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة .
ولكن هل يقع الطلاق البدعي أم لا ؟ .

ذهب الجمهور إلى وقوع الطلاق في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه إلا أن
موقفه آثم لخالفته السنة في وقوع الطلاق ^(١) . واستدل هؤلاء على وقوع الطلاق
بالحديث المروي عن ابن عمر السابق .

وذهب الشيعة الإمامية والظاهرية وابن تيمية وابن القيم :

إلى عدم وقوع الطلاق في الحيض أو النفاس أو في طهر جامع الزوج زوجته
فيه ^(٢) .

واستدل أصحاب هذا الرأي على عدم وقوع هذا الطلاق برواية أخرى قال فيها
: (فردها عليّ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يرها شيئاً) وهذا واضح
الدلالة على عدم وقوع الطلاق .

(١) فتح القدير ٢٨/٣ ، فشرح الصغير ٥٣٧/٢ ، مغني المحتاج ٣٠٧/٣ وما بعدها ، العدة شرح العمدة
٤١١ - ٤١٢ .

(٢) المختصر النافع ٢٢١ ، المحلى لابن حزم ١٩٧/١٠ فتاوي ابن تيمية ٢٥/٣ ، زاد الباعاد ٤٤/٤

الرجعة وأحكامها :

تعريف الرجعة : الرجعة في اللغة : المرة من الرجوع ^(١) .

إصطلاحاً عرفها الحنفية : بأنها استدامة الملك القائم بلا عوض مادامت في العدة .

أي استدامة الزواج في أثناء عدة الطلاق الرجعي ^(٢) . وهذا يعني أن الرجعة تدل على بقاء الزواج بعد الطلاق الرجعي وأنها استدامة له وليست إنشاء لعقد جديد ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله ، وهذا يتفق مع مبدأ بقاء أحكام الزواج بعد الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى : ﴿ وَيَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ ^(٣) سواء بقاءً وهذا يقتضي بقاء الزوجية بينهم ^(٤) .

وعرفها الجمهور : بأنها إعادة المطلق طلاقاً غير بائن إلى الزواج في العدة بغير عقد ، وهذا يعني أن الزواج ينتهي بالطلاق الرجعي وأن الرجعة تعيده بعد زواله ^(٥) .

وأعتقد أن ما قاله الحنفية هو الراجح لإطلاق المعبولة عليه في القرآن وهذا معناه بقاء الزوجية .

مشروعيتها : الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمقول .

(١) مختار الصحاح ص ٢٣٤ .

(٢) الطلاق الرجعي عندهم - الحنفية - : هو " كما سبق ذكره " : تطبيق المدعول بها ماذن الثلاث بلا مال بصريح الطلاق غير المذون بعدد الثلاث أو ببعض الكتابات المخصوصة وهي . اعتدى واستبرئ رحلك وأنت واحده .

(٣) البقرة / ٢٢٨ . (٤) حاشية بن عابدين على الدر المختار ٣/٣٩٧ ، المبسوط للسرعي ٦ / ١٩ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٨٥ ، نهاية المحتاج ٦/١٤٧ ، كشف القناع ٥/٣٩٢ .

أما الكتاب : فقله سبحانه وتعالى ﴿ ويعولتهن أحق بربهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ﴾^(١) أي أحق بمراجعتهن ، وقوله سبحانه : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾^(٢) . والإمساك مفسر بالرجعة .

وأما السنة : فقله - صلى الله عليه وسلم - (أتاني جبريل فقال : راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة)^(٣) .

وقد دل هذا الحديث على جواز الرجعة لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لا يفعل إلا ما كان جائزاً مباحاً مشروعاً .

وروى أن بن عمر قال : طلقت إمرأتي وهي حائض فسال عمر النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال (مره فليراجعها)^(٤) .

وأما الإجماع : فقد قال ابن قدامة :^(٥) . (وأجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنين أن لهما الرجعة في العدة ذكره بن المنذر)^(٦) .

وأما المعقول : فالحاجة إلى الرجعة بعد أن يطلق الزوج زوجته ماسة بل قد تبدأ ضرورة فقد يندم على ما فعل أو يتبين له خطأ فعله ولهذا جعل له الشارع فرصة المراجعة في الطلاق الرجعي وقد انفردت الشريعة الإسلامية بهذا النظام عن بقية الشرائع والقوانين فأعطت للزوج حق المراجعة خشية أن يكون طلاقه نتيجة وهم

(١) البقرة / ٢٢٨ .

(٢) البقرة / ٢٢٩ .

(٣) الحديث رواه أبو داود وغيره عن عمر بن الخطاب بإسناد حسن .

(٤) متفق عليه في البخاري ومسلم ٥٩/٧ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤٧/٨ . (٦) الإجماع لابن المنذر - كتاب الطلاق ص ٤٣ .

خاطي، فيتدارك ذلك أو قد ترجع المرأة الى صوابها فتصلح أخطائها .

وبناء على ذلك : إذا طلق الرجل امرأته المدخول بها طلقة رجعية أو طلقتين فله أن يراجعها في عدتها سواء رضيت بذلك أم لم ترض لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **ويعولتھن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا** ﴾ ^(١) فجعل الحق للأزواج ، وقال سبحانه ﴿ **فأمسكوهن بمعروف** ﴾ ^(٢) . وخاطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لهن اختيارا : ولأن الرجعة إمسك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتى في صلب نكاحه وأجمع أهل العلم على هذا ^(٣) .

شروط الرجعة ^(٤) :

الرجعة لاتصح إلا إذا تحققت فيها الشروط الآتية :-

١- أن تكون بعد الطلاق الرجعي والزوجة مازالت في عدتها . فإن كان الطلاق بائنا لاتصح ، لأن البائن يزيل الزوجية في الحال . لهذا لايملك إعادتها إلا بعقد ومهر جديدين ، وإن كان رجعيا والعدة قد انتهت فلا تصح أيضا لأن بانتهاء العدة زالت الرجعية وأصبح بائنا فيغلق باب الرجعة .

٢- كذلك يشترط أن تكون الرجعة منجزة فلا تكون معلقة ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأنها تعتبر استدامة للنكاح فتكون شبيهة به ، ومعلوم أنه لايصح التعليق والإضافة في إنشائه فكذلك لايصح في استدامته . فلو قال لها : إن حضر أخوك فقد راجعتك لاتصح الرجعة ، وكذلك لو قال لها : راجعتك في أول الشهر القادم .

(١) البقرة / ٢٨٨ . (٢) البقرة / ٢٣١ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤٧٦/٨ ، ٤٧٧ .

(٤) أحكام الأسرة في الإسلام ١ . د / محمد شلي ٥٢٨ .

٣- ويشترط عند الجمهور - غير الحنفية - أن يكون المراجع أهلاً لمباشرة عقد الزواج ، بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً ، لأن الرجعة مثل إنشاء عقد الزواج ، فلا تصح من مجنون ولا سكران ولا صبي ، ولا من مكّره ، كما لا يصح الزواج كذلك .

وعند الحنفية : يشترط كذلك في الرجعة بالقول أن يكون المراجع أهلاً لمباشرة عقد الزواج ، لذلك لا تصح من المجنون ولا النائم والمغشى عليه ، وتصح من الصبي لأن نكاحه صحيح يتوقف على إجازة وليه ، وكذلك تصح مع الإكراه أو الهزل . وهي تصح من الهازل أيضاً عند الثلاثة لقوله - صلى الله عليه وسلم - (ثلاث جد هن جد وهزل هن جد النكاح والطلاق والرجعة) .

أما الرجعة بالفعل - عند الحنفية - فإنه لا يشترط فيها ذلك ، فلو طلقها ثم أصيب بالمجنون أو أصابه عته ثم فعل بها فعلاً يوجب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة .

ما تحصل به الرجعة : لاختلاف بين الفقهاء أن الرجعة تصح باللفظ الصريح الدال عليها كقول المطلق لطلقته راجعتك أو راجعت زوجتي أو رددت زوجتي إلى عصمتي وغير ذلك من الألفاظ الصريحة التي لا تحتمل غير المراجعة .

أما إذا كان اللفظ كناية وهو ما يحتمل الرجعة وغيرها فتصح المراجعة به مع النية وذلك عند الجمهور . كقول الزوج : أنت عندي الآن كما كنت أنت امرأتي ، فإذا نوى بهذه الألفاظ الرجعة صحت وإلا فلا .

هل تصح المراجعة بالفعل ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

فذهب الشافعية والظاهرية : إلى أن الرجعة لاتصح بالفعل واستدلوا على ذلك

بما يأتي :-

(١) أن بن عمر لما طلق زوجته في الحيض أمره النبي - صلى الله عليه وسلم
- بمراجعتها . ولما كان لايجوز قربان الزوجة أثناء الحيض فدل على أن المراجعة
بالقول لا بالفعل .

ونوهش هذا : بأنه ليس فيه ما يدل على عدم جواز المراجعة بالفعل بل كل
مافيه هو جواز المراجعة بالقول .

(٢) أن النكاح قد زال بالطلاق والوطء من آثار النكاح فوجب أن يزول بزوال
النكاح لأن الرجعة - عند الشافعية - إعادة النكاح التي أزاله الطلاق لقوله سبحانه :
﴿ ويعولتھن أحق بردهن ﴾ ^(١) . والرد معناه الإعادة ^(٢) .

وذهب الحنفية ^(٣) والمالكية والحنابلة : إلى أن الرجعة تصح بالفعل كالوطء
ومقدماته من تقبيل ولس وشهوة . إلا أن المالكية اشترطوا النية مع الفعل فإذا نوى
بالفعل الرجعة صحت وإلا فلا ^(٤) .

(١) البقرة / ٢٨٨ .

(٢) مفتي الختاج ٣/٣٣٦ ، مختصر الرزني ٤/٨١ المحلى لابن حزم ١٠/٣٥٢ .

(٣) المبسوط للسرغسي ٦/١٩ ، ٢٠ ، ٢١ .

(٤) شرح الحرشي على مختصر خليل ٢/٢٢٢ .

والحنابلة اشترطوا الوطء فقالوا : تصح الرجعة بالفعل على أن يطأها أما ما دون ذلك فلا تصح به الرجعة وهذا هو المذهب عندهم . قال في الإنصاف (وتحصل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أو لم ينو وهذا هو المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب)^(١) .

واستدلوا على صحة الرجعة بالفعل بما يأتي :

١- أن الرجعة هي استدامة للنكاح ، وليست إنشاء له واستدامة النكاح لا تختص بالقول ولهذا حل له الوطء لأنها زوجته .

٢- إن الله قد سمى الزوج بعلاً في قوله سبحانه ﴿ **ويعولتھن أحق برؤھن** ﴾^(٢) . وإنما يكون أحق إذا استبد به والبعل هو الزوج وفي تسميته بعلاً بعد الطلاق الرجعي دليل على بقاء الزوجية بينهما فالباعلة هي المجامعة ففيه إشارة إلى أن وطأها حلال له .

هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة ؟

قال الحنفية : تصح الرجعة بفعل من الزوجة فإذا جامعت الزوجة المطلقة رجعياً زوجها وهو نائم أو كان مجنوناً أو لسته أو قبلته بشهوة فالرجعة تثبت بفعلها ما دامت في العدة . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن فعلها به كفعله بها فإن الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله فكذلك الرجعة .

وعند أبي يوسف : لا تثبت الرجعة باللمس والتقبيل بشهوة من جانب المرأة وتثبت بالمجامعة فقط . لأن هذا الفعل من الزوج دليل استيقاء الملك وليس لها ولاية

(٢) البقرة ٢٨٨ .

(١) الإنصاف ١٥٤/٩ .

استبقاء الملك فلا يكون فعلها بغير المجامعة رجعة ^(١) .

الرجعة بقصد المضارة :

إذا راجع الزوج زوجته بقصد المضارة لا الإصلاح والتوفيق فهل تصح هذه الرجعة أم تعتبر باطلة ؟

إذا تتبعنا آيات القرآن الكريم التي جاءت بأحكام المراجعة ترى أنها قيدت الزوج بمراجعة زوجته في كل موضع أباحت له ذلك كقوله سبحانه : ﴿ فإمسك بمعروف ﴾ ^(٢) . وقوله سبحانه ﴿ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ﴾ ^(٣) . وقوله سبحانه وتعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أريدوا إصلاحاً ﴾ ^(٤) .

فمن راجع زوجته وفق ما جاء في القرآن الكريم فرجعه صحيحة بدون خلاف بين الفقهاء . أما المراجعة بقصد تطويل العدة أو المراجعة بقصد الطلاق ثانية أو ثالثة حتى تبين منه بينونة كبرى فهذا حرام لا يجوز لمخالفته المشروع .

لكن هل تصح الرجعة في هذه الحالة - قصد المضارة - مع الإثم أم لا تصح لأنها فقدت شرطاً من شروط صحتها حيث لم تكن بقصد الإصلاح بل بقصد المضارة .

قال جمهور الفقهاء : الرجعة صحيحة ويأثم الزوج إن قصد إضرار زوجته بهذه المراجعة .

واستدلوا على ذلك : بقوله سبحانه : ﴿ ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ﴾ ^(٥) . بعد النهي عن المراجعة ضراراً .

(١) المبسوط للرحسي ٢١/٦ . (٢) البقرة / ٢٢٩ . (٣) البقرة / ٢٣١ . (٤) البقرة / ٢٢٨ . (٥) الطلاق ١ .

وجه الاستدلال : أنه لا يكون ظالماً لنفسه إلا إذا كانت رجعته واقعة وإن قصد بها الإضرار بمطلقته إذ لو لم تكن الرجعة صحيحة وكانت لغوا لما كان هناك وجه لوصفه بأنه ظالم لنفسه .

وقال ابن حزم وابن تيمية : الرجعة بقصد المضارة باطلة لمخالفتها القرآن الكريم .

قال ابن تيمية : إن الله سبحانه حرم على الرجل أن يرتجع المرأة يقصد بذلك مضارتها ^(١) .

يقول الشيخ حسن مأمون : ونحن نميل إلى رأي الجمهور إذا لم توجد قرائن على أن المطلق قصد المضارة بمراجعة مطلقته ، وإلى الأخذ بقول مخالفيهم إذا وجدت هذه القرائن ^(٢) .

ويؤيد ذلك مقاله ابن العربي في قوله سبحانه : ﴿ إِن أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ ^(٣) .
المعنى : إن قصد بالرجعة إصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما لأعلى وجه الإضرار والقطع بها عن الخلاص من ربة النكاح فذلك له حلال ، وإلا لم يحل له [.

والذي يفهم من هذا النص : أن المانع من عدم اعتبار الرجعة التي حصلت بقصد الإضرار هو أن هذا القصد أمر باطني ليس من السهل إثباته والاطلاع عليه .

(١) الاختيارات العلمية لابن تيمية ص ٢١١ .

(٢) فقه القرآن والسنة للشيخ حسن مأمون ص ١٣٠ .

(٣) البقرة / ٢٢٨ .

أما إذا ثبت الإضرار وتبين لنا أن الرجل لم يراجع زوجته إلا بقصد مضارته
فالذي يفهم من كلام بن العربي هو : أن الرجعة في هذه الحالة التي تقوم القرائن على
المضارة رجعة باطلة .

ويؤيد هذا - أيضا : أن أحكام الرجعة جاءت في القرآن الكريم لتبديل ماكان
عليه العرب حين كانوا يطلقون ثم يراجعون للمضارة فنزلت الآية : ﴿وبعولتهن أحق
بردهن في ذلك إن أريدوا إصلاحا﴾^(١) . تمنح ماكانوا عليه .

الإعلام بالمراجعة :

إذا راجع الزوج زوجته بالقول فهل يشترط إعلامها بذلك فقد يغيب عنها
وهي لاتعلم المراجعة فتتقضي العدة فتتزوج أم لايشترط ذلك ؟ .

ذهب جمهور الفقهاء : إلى أنه لايشترط إعلام المرأة بالرجعة فتصح الرجعة
ولو لم تعلم بها الزوجة لأن الرجعة حق خالص للزوج لايتوقف على رضا المرأة فلا
يفتقر إلى علمها كطلاقها لكن يندب إعلام الزوجة بها حتى لاتتزوج غيره بعد انقضاء
العدة ، وحتى لاتقع المنازعة بين الزوجين إذا أثبت الزوج الرجعة بالبينة وإذا تزوجت
بزوج آخر بعد انقضاء عدتها وأثبت زوجها الأول مراجعتها قبل انقضاء عدتها صححت
الرجعة وفسخ الزواج الثاني^(٢) .

وذهب الظاهرية : إلى أنه يشترط لصحة الرجعة إعلام المرأة بها فيجب على
الرجل إعلام المرأة بالرجعة وإلا كانت باطلة .

(١) البقرة / ٢٢٨

(٢) مجمع الأنهر / ١ / ٤٣٢ شرح الحرشي على مختصر خليل ٢/٢٢٧ ، المغني لابن قدامة ٨/٤٩٨

واستدلوا على ذلك : بأن الله منع المضارة في المراجعة وعدم إعلام الزوجة برجمتها هو عين المضارة ولهذا كانت باطلة ^(١) .

والذي أراه : أن وجوب إعلام المرأة بمراجعتها أقرب الى المصلحة فيجب الأخذ به فقد تتزوج الزوجة بعد مضي عدتها وهي لاتعلم مراجعتها .

الإشهاد على المراجعة :

هل الإشهاد شرط في صحة الرجعة أم لا ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن الإشهاد على الرجعة ليس شرطاً في صحتها وإليه ذهب جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية - في مشهور المذهب - والشافعية في الجديد والحنابلة في أصح الروايتين عن أحمد .

ولكن الإشهاد عليها مستحب احتياطاً خوفاً من إنكار الزوجة لها بعد إنتقضاء المدة وقطعاً للشك في حصولها وابتعاداً عن الاتهام في العودة الى معاشره الزوجة فيقول الزوج للشاهدين ، اشهدا على أنني قد راجعت امرأتي الى زوجيتي أو تكاحي . أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقى فإن لم يشهد على رجعتها صحت الرجعة ^(٢) .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :-

١- ماروى أن ابن عمر - رضي الله عنهما - : طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بمراجعتها ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة ولو كان شرطاً لأمر به .

(١) الخلى لابن حزم ٢٥٣/١٠ .

(٢) البيوط للسرخسي ١٩/٦ ، شرح الخرخشي على مختصر خليل ٢٢٧/٣ ، نهاية المحتاج ١٤٧/٦ ، الإنصاف ١٥٢/٩ ، اللغني لابن قدامة ٤٨١/٨ .

٢- سئل عمران بن الحصين عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها ؟

فقال : طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة اشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد ^(١) .

٣- إنه لم يؤثر عن الصحابة اشتراط الشهادة لصحة الرجعة مع كثرة وقوعها منهم .

٤- إن الرجعة حق للزوج لا يتوقف على رضا المرأة فلا يحتاج إلى الإشهاد عليه كسائر الحقوق .

٥- إن الشهادة شرط لابتداء الزواج لخطورته وليست شرطاً لبقائه والرجعة إبقاء للزوج واستدامة له فلا تكون شرطاً لصحتها .

٦- قياس الرجعة على الطلاق فالإشهاد ليس بشرط حين الطلاق فكذلك لا يشترط حين المراجعة .

القول الثاني : أن الإشهاد شرط في صحة الرجعة فيجب الإشهاد حين المراجعة وإلا لم تصح .

والى هذا ذهب الظاهرية والشافعية في مذهبه التقديم ورواية عن الامام أحمد ^(٢) .

(١) رواه أبو خنزة وابن ماجه ولم يقل : (ولا تعد) (نيل الأوطار للشوكاني ٢٥٣/٦ .

(٢) المغنى لابن حزم ٢١٦/١٠ وما بعدها ، نهاية المحتاج ١٤٧/٦ ، المغني لابن قدامة ٤٨١/٨ .

واستدلوا على ذلك :

بقوله سبحانه : ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ^(١) .

وجه الدلالة : أن قوله سبحانه ﴿ وأشهدوا ﴾ أمر والأمر للوجوب . ولأن الشهادة شرط في إنشاء الزواج بالاتفاق فتكون شرطا في استدامته بالرجعة .

ورد هذا من قبل الجمهور :

بأن الأمر في الآية محمول على النذب والاستحباب لأن قوله سبحانه .
﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ وارد عقب قوله ﴿ أو فارقوهن بمعروف ﴾ وقد أجمع العلماء على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق فتكون الرجعة مثله .

ولما قولهم : إن الشهادة شرط في إنشاء الزواج فتكون شرطا في استدامته فغير مسلم لأن الشهادة إنما جعلت شرطا لابتداء الزواج لخطورته وليس شرطا لبقائه والرجعة إبقاء للزواج واستدامة له فلا تكون شرطا لصحتها .

وبهذا يظهر لنا أن قول الجمهور بأن الإشهاد على الرجعة ليس شرطا في صحتها وإنما هو مندوب ومستحب هو الراجح لقوة أدلتهم وضعف أدلة مخالفهم .

اختلاف الزوجين في الرجعة :

إذا توافق الزوجان على الرجعة في أثناء العدة ثبتت وترتب عليها أثرها .
وان اختلف الزوجان : فإما أن يكون الخلاف في حصول الرجعة أو في صحتها .

(١) الطلاق / ٢

١- الخلاف في حصول الرجعة :

إذا اختلف الزوجان في حصول الرجعة بأن ادعاهما الزوج فقال : راجعتك ، وأنكرت المرأة ، فإن كان ذلك قبل إنتضاء العدة فالقول قول الزوج اتفاقاً ، لأنه يملك الرجعة فقبل إقراره فيها كما يقبل قوله في طلاقها حين ملك الطلاق .

وإن كان بعد إنتضاء العدة : فإن أثبت الرجل دعواه بالبينة أو صدقته المرأة في قوله : (قد كنت راجعتك في العدة) ثبتت الرجعة ، وإن عجز الرجل عن الإثبات أو كذبه المرأة فالقول قولها بيمينها عند الجمهور وعلى المفتي به عند الحنفية من قول الصاحبين .

وفي رأي أبي حنيفة : لا يمين عليها ويقبل قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينة^(١) .

وإن اختلفا في الإصابة (الوطء) فقال الزوج أصبتك وأنكرت المرأة فالقول قولها بيمينها ، لأن الأصل عدم الإصابة ووقوع الفرقة فهي منكرة واليمين على من أنكر^(٢) .

٢- الخلاف في صحة الرجعة :

إنما اختلف الزوجان في صحة الرجعة بأن قال الزوج : قد راجعتك في العدة ، فقالت له قد إنتقضت عدتي قبل رجعتك فلا يخلوا الحال من ثلاثة أقسام :

الأول : أن تدعي إنتضاء العدة بالقروء .

(١) الباب ٥٥/٣ ، ٥٦ ، الشرح الصغير ٦١١/٢ ، للهنب ١٠٣/٢ ، المغني لابن قدامة ٤٩٠/٨ ،

٤٩١ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤٩٢/٨ .

الثاني : أن تدعي انقضاء العدة بوضع الحمل .

الثالث : أن تدعي انقضاء العدة بالشهور .

القسم الأول : أن تدعي المرأة انقضاء عدتها بالقروء .

إذا ادعت المرأة إنقضاء عدتها بالقروء في مدة يمكن إنقضاؤها فيها قبل قولها لقوله سبحانه : ﴿ ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ﴾^(١) .

قيل في التفسير هو : الحيض والحمل فلولا أن قولهن مقبول لم يخرجن بكتانهن ، ولأنه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه .

فإن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي المرأة إنقضاء العدة عنده كافية لانقضاء العدة قبل قولها بيمينها حتى عند أبي حنيفة ، لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعرف إلا من جهتها .

وإن كانت المدة التي مضت لاتكفي لانقضاء العدة بأن كانت أقل من أقل مدة تنتهي فيها العدة شرعا ، فلا يعتبر قولها وتصح الرجعة لظهور قرينة تكذب دعواها .
وأقل مدة تنقضي فيها العدة بالأقراء مبنية على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في أقل الحيض وعلى الخلاف في القروء هل هي الحيض أو الأطهار ؟ .

١- فالأقراء عند الحنفية هي الحيضات :

وأقل مدة تنقضي بها العدة عندهم : ستون يوما عند أبي حنيفة ، لأن كل حيضة عشرة أيام في الأكثر والحيضات ثلاث فهي ثلاثون يوما يتخللها طهران ومما

(١) البقرة / ٢٢٨ .

ثلاثون يوما أيضا لأن أقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوما فيكون مجموع ذلك ستين يوما^(١).

وهذا هو الراجح والغالب بين النساء .

٢- والأقراء عند المالكية هي الأطهار :

وأقل مدة تنقضي بها المدة عندهم : شهر ثلاثون يوما ، بأن يطلقها زوجها في أول ليلة من الشهر وهي طاهرة ، ثم تحيض وينقطع عنها الحيض قبل الفجر ، لأن أقل الحيض عندهم يوم أو بعض يوم بشرط أن يقول النساء : إنه حيض ثم تطهر خمسة عشر يوما ، ثم تحيض في ليلة السادس عشر وينقطع قبل الفجر أيضا - ثم تحيض عقيب غروب آخر يوم من الشهر فتكون قد طهرت ثلاثة أطهار : الطهر الذي طلقها فيه ، ثم الطهر الثاني ، ثم الطهر الثالث فيحدث تمام الشهر ثلاثون يوما^(٢).

القسم الثاني : أن تدعي المرأة إنقضاء عدتها بوضع الحمل :

إذا ادعت المرأة إنقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما تدعي وضع الحمل التام ، أو أنها أسقطته قبل كماله .

فإن ادعت وضعه لتمام : فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد المقد لأنه لا يكمل في أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته : لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما .

(١) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار ٤١٩/٣

(٢) الشرح الصغير ٦١١/٣ ، القوتين للفقهية لابن حزم ص ٢٣٤ .

من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح لأن أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً ، لأنه يكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقه أربعين يوماً ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال^(١) .

القسم الثالث : أن تدعي المرأة إنقضاء عدتها بالشهور :

إذا ادعت المرأة إنقضاء عدتها بالشهور : فلا يقبل قولها فيه لأن الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه :

إلا أن يدعي الزوج إنقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول : طلقك في شوال ، فتقول هي : بل في ذي الحجة فالقول قولها ، لأنه يدعي ما يسقط النفقة والأصل وجوبها فلا يقبل قوله إلا ببينة^(٢) .

وقد تحدثت المواد الآتية من مشروع قانون الإمارات عن العدة :
فقد نصت المادة - ١٥٥ - من هذا المشروع على الآتي : [مع مراعاة الفقرة (٢) من المادة - ١٢٠ - يشترط في الرجعة بالقول :

أ - أن تكون منجزة .

ب - أن تكون بإشهاد [.

والفقرة الثانية من المادة - ١٢٠ - قد نصت على الآتي : | وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا ثبت يساره واستمد للإنتفاق بدفعه النفقة التي كان التطليق بسبب الامتناع عن أدائها ، وإلا كانت الرجعة غير صحيحة [.

(٢٠١) المضي لابن قدامة ٤٨٩/٨ .

وكذلك نصت المادة - ١٥٦ - على الآتي : [إذا كانت الرجعة في غيبة
الزوجة يشترط أن تعلم بها ويراعى في إثبات العلم حكم الفقرة (٢) من المادة - ١١٠ -
من هذا القانون] .

ونصت المادة - ١١٠ - على ما يأتي :

[١- لا يقع الطلاق ولا التطليق في غيبة الزوجة إلا إذا علمت به ، ومن تاريخ
العلم سواء أكان من الزوج أم من المحكمة .
٢- ويثبت العلم بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن وأخبار الواحد العدل | .

(١) المقتضى لاين قدامه ٤٨٩/٨ .

المبحث الخامس " في الخلع ، والإيلاء ، والظهار ، واللعان "

الخلع وأحكامه :

الخلع لغة : الإزالة واستعمل في إزالة الزوجية بضم الخاء وغيرها بالفتح .
وشرعا ^(١) . إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها ، بلفظ الخلع أو ما في معناه .

فخرج بقوله " ملك النكاح " الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة ، فإنه لغو ، وخرج بقوله " المتوقفة على قبولها " أي المرأة : ما إذا قال : خلعتك ولم يذكر المال ، ناويا به الطلاق ، فإنه يقع بائنا غير مسقط للحق ، لعدم توقفه على قبول المرأة ، فدل القبول على أن الخلع يكون ببذل ومتى كان على بدل مالي لمزم قبولها .

وخرج بقوله " بلفظ الخلع " الطلاق على مال ، فإنه غير مسقط للحقوق .
وأما قوله : " أو ما في معناه " فيدخل فيه لفظ " البارة " ولفظ " البيع والشراء " فإنه مسقط للحقوق ومنها المهر .

ونخلص من هذا التعريف أنه خاص بالخلع المسقط للحقوق .
مشروعيته : الخلع جائز عند كثير من العلماء ^(٢) . وذلك لحاجة الناس إليه بسبب وقوع الشقاق والنزاع بين الزوجين ، فقد تفيض المرأة زوجها وتكره العيش

(١) الجلب ٦٤/٣ ، فتح القدير ١٩٩/٣ .

(٢) الدر المختار ٧٦٦/٢ ، بداية المجتهد ٦٦٠/٢ ، مغني المحتاج ٢٦٣،٢٦٢/٣ ، المغني ٥٢٠،٥١٧ .

معه لأسباب جسدية خلقية أو خلقية أو دينية ، أو صحية ، وتخشي ألا تؤدي حق الله في طاعته ، فشرع لها الإسلام ما يوازي الطلاق الخاص بالرجل ما تستطيع به الخلاص من الزوجية ، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر ، وذلك ببذل شيء من المال . فتفدي به نفسها ، وتعوض الزوج ما أنفق في سبيل الزواج بها .

وقد دل الكتاب والسنة على مشروعيتها :

أما الكتاب : فقول سبحانه : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ^(١) .

وأما السنة : فهو حديث ابن عباس : (أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله إنني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكنني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (أرددين عليه حديثه ؟ قالت نعم ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أقبل الحديقة ، وطلقها تطليقه) ^(٢) .

فزوجة ثابت لا تريد مفارقة زوجها لسوء خلقه ولا لنقصان في دينه وإنما كرهت كفران العشرة ، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له ، لذلك أمرها - صلى الله عليه وسلم - أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب يرد بستانه الذي أمهرها إياه ، وكان هذا أول خلع وقع في الإسلام ، وفيه معنى المأوضة .

الفاظ الخلع : للخلع عند الحنفية ^(٣) . ألفاظ خمسة : الخلع ، والمبارأة ،

والطلاق ، والمفارقة ، والبيع والشراء ، مثل أن يقول الرجل : خالعتك بكذا ، أو بارتك ، أو فارتكت ، أو طلقي نفسك على ألف ، أو بعث نفسك أو طلاقك على

(٢) رواه البخاري والنسائي تيل الأوطار ٤٦/٦ .

(١) البقرة / ٢٢٩ .

(٣) الدر المختار ٧٧٠/٢ ، ٧٧١ .

كذا ، وتقبل المرأة .

وذهب المالكية^(١) : بأن له الفاظ أربعة : الخلع ، والمبارأة ، والصلح ،
والفدية ، أو المفاداة ، وكل هذا يؤدي إلى معنى واحد وهو بطلان المرأة العوض على
طلاقها .

حكمه الشرعي : من السنة أن يستجيب الرجل للمرأة إن طلبت الخلع^(٢) .
لقصة امرأة ثابت ابن قيس المتقدمة ، إلا إذا كان الزوج له ميل ومحبة نحوها ، فهنا
يستحب للرجل أن يصبرها كما أنه يكره الخلع للمرأة عند استقامة الحال ، وذلك
لحديث ثوبان : أنه - صلى الله عليه وسلم - قال (أيها امرأة سألت زوجها الطلاق
من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة^(٣) . ولأنه في هذه الحالة عيب ، فيكون
مكروها ، لكن مع الكراهة يقع الخلع لقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ طَلِّقَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ
نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ .

صفة الخلع :

ذهب أبو حنيفة إلى القول^(٤) . بأن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب
الزوج بمعنى أنه لا يصح الرجوع عنه ، لأنه علق طلاقها على قبول المال والتعليق يمين
اصطلاحاً ، ولا يصح شرط الخيار له .

وهو معاوضة بمال من جانب الزوجة ، لأنها هي التي التزمت بهذا المال في
مقابل اقتداء نفسها ، وخلاصها من الزوج ، والمعاوضة هنا ليست معاوضة محضة ،
بل فيها شبه بالتبرعات ، لأن بديل العوض ليس مالا شرعا ، ولكنه اقتداء المرأة

(١) بداية المجتهد ، ١٦/٢ ، ٦٧ (٢) كشاف القناع ، ٢٣٧/٥ ، ٢٣٧

(٣) رواه الخمسة إلا النسائي . (٤) البدائع ، ١٤٥/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ٤٨٧/٧ - ٤٩٠ .

لنفسها ، لهذا لا يكون الخلع معاوضة محضة .

وقال الصحاحيان : الخلع يمين بالنسبة للزوجين معا .

ويترتب على اعتبار الخلع يميناً من جهة الزوج ما يأتي :

[١- لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة .

٢- لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه ، بمعنى لو قام من المجلس قبل

قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام .

٣- لا يصح للزوج - كما سبق - أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة ،

لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع ، حيث أنه يمين من جانبه ، لهذا لو اشترط الخيار

كان الشرط باطلا ، ولكن الخلع لا يبطل به .

٤- يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط ، وأن يضيفه إلى زمن المستقبل مثل :

إذا قدم فلان فقد خالعتك على كذا ، أو خالعتك على كذا في رأس السنة القادمة ،

والقبول للزوجة عند تحقق الشرط ، أو حلول الوقت المضاف إليه ^(١)] .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة : ^(٢) . إلى القول : بأن الخلع معاوضة

فلا يحتاج لصحته قبض العوض ، فلو تم من قبل الزوج ، ثم ماتت المرأة ، أو

فلست ، أخذ العوض من تركتها .

ويترتب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة

ما يأتي :

(١) وذهب المالكية والشافعية أيضاً إلى القول : بجواز تعليق الخلع كقوله : متى ما أعطيتي فأنت طالق .

ولا يصح عند الحنابلة ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤٨٨/٧ ، ٤٨٩ .

(٢) الشرح الصغير ٥١٨/٢ ، ٥٢١ ، مغني المحتاج ٢٦٩/٣ ، للمغني ٥٨/٧ ، ٦٦ .

١- يصح للزوجة رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج .

٢- يقتصر قبول الزوجة في المجلس إن كانت حاضرة فيه ، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب كالبيع .

٣- يجوز للزوجة أن تشتط الخيار لنفسها في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرد ، وهذا يكون إذا بدأت هي بالخلع ، مثل قولها لزوجها : خالعك على ألف ولكن لي الخيار ثلاثة أيام ، فلو قبل الزوج صح الشرط ، ولها أن تقبل أو ترفض حيث إن الخلع من جانبها معاوضة ، ومعلوم أن المعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار .

وقال صاحبان والحنابلة : ^(١) . لا يصح اشتراط الخيار للزوجة ، لأنه عند الحنابلة الفرقة تقع عند التلطف بالخلع ، وما وقع لا يرفع ، وكذلك الخلع يمين عند صاحبين بالنظر إلى الزوجين ، وليس معاوضة من جانب الزوجة ، وإذا اشترط صح الخلع وبطل الشرط ، لأنه لا يفسد بالعوض الفاسد ، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح .

٤- لا يصح للزوجة تعليق الخلع ولا إضافته إلى زمن المستقبل ، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك . والتمليكات كما هو الشأن فيها لا تقبل التعليق ولا الإضافة .

٥- لا تلزم الزوجة ببذل الخلع إلا إذا كانت أهلا للتبرع ، بمعنى أن تكون بالغة عاقلة رشيدة لأن الخلع وإن اعتبر معاوضة من جانب الزوجة ، إلا أنه شبيه بالتبرعات .

(١) الدر المختار و رد المحتار ٧٦٨/٢ - ٧٦٩ ، المغني ٦٠/٢

ركن الخلع :

وركن الخلع كما ذهب إلى ذلك الحنفية : هو الإيجاب والقبول .

شروط الخلع :

يشترط في الخلع الآتي ^(١) :

١- أهلية الزوج لإيقاع الطلاق : بمعنى أن يكون بالغاً عاقلاً عند الجمهور ، لكن الحنابلة أجازوا أن يكون مميزاً يعقله ، فكل من لا يصح منه الطلاق لا يصح كذلك الخلع منه كالصبي والمجنون والمعتوه ومن اختل عقله .

٢- أن تكون الزوجة محل الخلع والقابلة له ممن عقد عليها عقد زواج صحيح ، سواء أكانت مدخولاً بها ، أم لا ، ولو كانت مطلقة رجعيًا ما دامت في العدة ، وأن تكون مما يصح تبرعها ، بمعنى أن تكون مكلفة - بالغة عاقلة - .

٣- أن يكون بدل الخلع مما يصلح أن يكون مهراً :

وهو عند الحنفية : أن يكون مالا متقوماً موجوداً وقت الخلع معلوماً أو مجهولاً ، أو منفعة تُقَوَّمُ بالمال ، بمعنى أنه لا يصح خلع المسلمة على خمر أو خنزير ، ويبطل العوض ، ولا شيء للزوج ، والفرقة هنا تكون طلاقاً بائناً ، لأنه عند بطلان العوض بقي لفظ الخلع ، وهو كناية ، وتقع الفرقة بالكنايات بينونة ، أما لو كان الطلاق على مال ، وبطل العوض كان طلاقاً رجعيًا ، لأن لفظ الطلاق باق . وهو صريح ، والصريح طلاق رجعي .

(١) فتح القدير ٢٠٥/٣ - ٢٠٨ ، ٢١٨ ، بداية المجتهد ٦٧/٢ - ٦٩ ، مغني المحتاج ٢٦٣/٣ - ٢٦٧ ،
المغني ٥٢/٧ ، ٥٣ ، ٦١ - ٦٦ .

والبدل عند الجمهور : كل ما يصح تملكه ، سواء أكان مالا عيناً ، أم ديناً ، أم منفعة ، بمعنى أنه لا يصح بخمر أو خنزير أو ما أشبه ذلك .

الفرق بين الخلع والطلاق على مال عند الحنفية :

الخلع والطلاق على مال وإن كان كل منهما يزيل ملك الزوج وأنه طلاق بمعوض .

فهما يختلفان من وجوه ثلاثة : ^(١) .

الأول : لو أن الخلع على عوض باطل شرعاً ، بمعنى أن يقع على مالميس بمال متقوم ، كخلع المسلمة على خمر ، فلا شيء للزوج ، ويقع الطلاق بائناً . أما إذا بطل المعوض في الطلاق على مال ، بأن سميا مالميس بمال متقوم فالطلاق هنا يقع رجعيًا .

وذلك لأن الخلع كناية عند الحنفية ، والكناية تقع الفرقة بها بائنة . وأما الطلاق على مال فهو صريح ، ويقع بائناً إذا صح المعوض شرعاً ، ولكنه إذا لم يصح فهو كأن لم يكن ، فبقي صريح الطلاق ، فيكون رجعيًا .

الثاني : يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة كل الحقوق الواجبة التي ترتبت على الزواج لأحد الزوجين على الآخر ، مثل المهر والنفقة الماضية المتجمدة أثناء الزواج ، لكن نفقة العدة لا تسقط لأنها ماكانت واجبة قبل الخلع ، لذلك لا يتصور إسقاطها بالخلع أما الطلاق على مال : فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين ، ويجب به فقط المال المتفق عليه .

(١) فتح القدير ٢٠٠/٣ ، البائع ١٥١/٣ ، ١٥٢ ، الفتاوى الهندية ٤٥٠/١ .

الثالث : الخلع مختلف في كونه طلاقاً بائناً أم فسخاً بين الفقهاء .

فقد ذهب الجمهور - الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد - بأنه

طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات . وفي رواية أخرى عن أحمد أنه فسخ ، فلا ينقص به عدد الطلقات .

أما الطلاق على مال : فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلقات ^(١) .

آثار الخلع ^(٢) :

يترتب على الخلع آثار هي :

- ١- يقع به طلاقه بائنة ، ولو بدون عوض أو نية عند الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح وأحمد في رواية عنه ، وفي رواية أخرى عن أحمد أن الخلع فسخ ، وهو ما ذهب إليه ابن عباس وطاووس وغيرهما .
- ٢- لا يتوقف الخلع على قضاء القاضي ، كما هو الشأن في كل طلاق يحدث من الزوج .

- ٣- لا يبطل الخلع بالشروط الفاسدة : فإذا خالع الزوج مع اشتراطه إبقاء الطفل عنده قبل انتهاء مدة الحضانة ، أو ماشبه ذلك ، فالشرط باطل ، وينفذ الخلع .
- ٤- الزوجة ملزمة بأداء بدل الخلع المتفق عليه ، سواء أكان هو المهر أم بضعة أم شيئاً آخر سواه ، لأن الزوج ما رضي بطلاقها إلا بهذا البدل .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٠٣/٧ ، ٥٠٤ .

(٢) البدائع ١٤٤/٣ ، ١٥١ ، الدر المختار ٧٧٨/٢ ، الملباب ٦٦/٣ ، بداية المجتهد ٦٩/٢ ، الشرح الصغير ٥١٨/٢ ، ٥٢٦ ، مغني المحتاج ٢٦٨/٣ ، ٢٧١ ، للفي ٥٦/٧ - ٥٩ .

٥- يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة - كما سبق - كل الحقوق التي تكون لكل واحد من الزوجين في ذمة الآخر والتي تتعلق بالزواج الذي وقع الخلع منه مثل المهر والنفقة الماضية المتجمدة .

أما الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر ، والغير متعلقة بالزواج ، مثل القرض والوديعة ونحوهما ، فلا تسقط بالاتفاق . وكذا لاتسقط نفقة العدة إلا بالنص على إسقاطها ، حيث تجب عند الخلع .

وقال الجمهور ومعهم محمد : لايسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية إلا إذا نص على إسقاطه ، سواء كان بلفظ الخلع أو البراءة ، فهو مثل الطلاق على المال تماما ، يقع به الطلاق باثنا .

٦- هل يرتدف على المختلعة طلاق ؟

ذهب أبو حنيفة : إلى القول بأنه يرتدف ، سواء أكان على الفور أم على التراخي .

وذهب الجمهور : إلى القول : بأنه لايرتدف ، ولكن الامام مالكا قال : لايرتدف إلا إذا كان الكلام متصلا . وقال الشافعي وأحمد : لايرتدف ، وإن كان الكلام متصلا ، فالمختلعة لايلحقها طلاق بحال .

وقد استدل أبو حنيفة بأثر : ((المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة)) .
وقد استدل الجمهور بما قاله ابن عباس وابن الزبير : بالمختلعة لايلحقها طلاق ، ولأنها لاتحل للزوج إلا بتركاح جديد ، فلم يلحقها طلاقه كالطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها .

٧- لارجعة في رأي أكثر العلماء على المختلعة في العدة ، سواء أكان فسخاً أم طلاقاً ، لقوله سبحانه : ﴿ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ وإنما يكون فداء إذا خرجت المرأة به عن قبضة الرجل وهيمنته ، وإذا كانت له الرجعة فهي حينئذ تكون تحت سلطانه ، ثم إن القصد إزالة الضرر عن المرأة ، فلو صح ارتجاعها . لعاد الضرر .

الاختلاف في الخلع أو عوضه :

إذا ادعت الزوجة خلماً ، ولكن الزوج قد أنكره ولا بيينة له ، صدق بيمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع .
وإن اختلف الزوجان في جنس العوض ، هل هو دراهم أو دنانير أو في صفته كصحاح أو مكسرة ، أو في قدر العوض ، كأن قال : بألفين فقالت بل بألف ، أو في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع ، ولا بيينة لواحد منهما :

لقال مالك : القول قول الزوج إن لم يكن هناك بيينة .

وقال الشافعي : يتحالفان كما في البيع ، ويكون على الزوجة مهر المثل ^(١) .

وقد نص مشروع قانون الامارات على ما يتعلق بالخلع في المواد الآتية :

فقد نص في المادة - ١٣٩ - على ما يأتي :

١- لكل من الطرفين الرجوع عن إجابة في المخالعة قبل قبول الآخر .

٢- فإذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً وخيفة ألا يقيما حدود الله حكم

القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب .

(١) الفقه الإسلامي وأصله ٧/٥٠٤ - ٥٠٨ .

وقد نصت المادة - ١٣٨ - على ما يأتي :

[١- يشترط لصحة المخالعة أن يكون كل من الزوجين مستوفيا ما يتعلق به شرائط إيقاع الطلاق .

٢- إذا كان أحد الزوجين المتخالفين دون سن الرشد لا تنفذ مخالعته إلا بموافقة ولي المال ، أبا أو جدا ، فإذا كان ولي المال غيرهما يشترط مع ذلك موافقة القاضي] .

ونصت المادة - ١٣٧ - على ما يأتي :

[١- الخلع هو تطليق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق أو ما في معناهما كالإبارة .

٢- وتجب على المختلعة عدة كمدة الطلقات ، ولا يلحقها طلاق أثناء العدة ، وليس للمخالع رجعة عليها . وكذلك نصت المادة - ١٤١ - على ما يأتي :
يجب البدل المتفق عليه ، أو المقضي به في الخلع ، ولا يسقط بالخلع شيء ، لم يجعل بدلا فيه] .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ٩٦ - على :

[يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبدل ، وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق] .

ونصت المادة - ٩٥ - من المشروع المذكور على الأمور الآتية :

[أ- للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع .

ب- يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة .

جـ- يعتبر الخلع طلاقاً بائناً [.

الإيلاء وأحكامه : ^(١)

الإيلاء لغة : الحلف ، وهو مأخوذ من - آلى - بالمد - بمعنى حلف ، ومضارعه يولي ، ومصدره الإيلاء بكسر الهمزة .

وشرعاً :

عند الحنفية ^(٢) : [الحلف - بإ لله تعالى أو بصفة من صفاته أو بنذر أو تعليق طلاق - على ترك قرىان زوجته مدة مخصوصة .

وعند المالكية ^(٣) : هو حلف زوج مسلم مكلف الوطء بما يدل على ترك وطء زوجته غير الرضخ أكثر من أربعة أشهر ، سواء أكان الحلف بإ لله أم بصفة من صفاته ، أم بالطلاق [، أم يسير إلى مدينة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أم بالتزام أي قرية . بمعنى تعليق وطء الزوجة على أمر قد يشق فعله بالنسبة للزوج ، أم لا .

فالإيلاء عندهم يكون : للزوج المسلم ، وليس الكافر ، ويكون أيضاً : للمكلف - البالغ العاقل - وليس المصبي والمجنون ، وبالممكن وطؤه ولو سكران ، وليس المجبوب والخصي ، والشيخ الفاني ، فهؤلاء لا ينعتقد لهم إيلاء ، كذلك لا إيلاء من المرضع ، لأن في ترك وطئها إصلاح للولد ، ولا إيلاء فيما دون الأربعة أشهر .

(١) الفقه الإسلامي وأصله ٥٣٦/٧ .

(٢) البدائع ١٦١/٣ ، الباب ٥٩/٣ .

(٣) الشرح الكبير ٤٢٦/٢ وما تبعها ، الشرح الصغير ٦١٩/٢ .

تاريخه : الإيلاء والظهار كانا طلاقاً في الجاهلية وكان العرب يستخدمونه من أجل الإضرار بالزوجة عن طريق الحلف بترك قربان المرأة لسنة فأكثر ، ثم بعد ذلك يكرر الحلف إذا انتهت المدة ، ثم جاء الشرع الحكيم فغير حكمه ، وجعله يعينا ينتهي بمدة أقصاها أربعة أشهر .

قال ابن عباس ^(١) [كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوَقَّته الله أربعة أشهر] فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر ، فليس بإيلاء .

والدليل على ذلك : قوله سبحانه : ﴿ الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ فَازُوا فَإِنْ أَرَادَ اللَّهُ غُفُورَ رَحِيمٍ ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ، فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٢) .

والإيلاء في الآية قد عدى بمن ، والأصل أن يعدى بعلى ، لأنه ضُمِّنَ كلمة [يؤلون] بمعنى يعتزلون أو بمعنى البعد .

والفء : هو الرجوع لغة ، والمراد به في الفقه : الجماع ، بالاتفاق .
إلا إذا كان هناك مانع من الجماع سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة ، فعند الأحناف يكفي في الفء أن يكون بالقول : وصورته أن يقول لها : فئت إليك ، أو راجعتك ، أو ماشبه ذلك .

أما عند الجمهور فإن الزوج لا يطالب بالفئة ، لأن الوطء متعذر سواء كان تعذر الوطء من قبل الزوج أو الزوجة ، ولكن الشافعية قالوا : بأنه إذا كان في الزوج مانع شرعي كإحرام ، وصوم واجب ، فيطالب بالطلاق ، لأنه هو الذي يمكنه ،

(١) الباع ١٧٠/٣ - ١٧١ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٣٦/٧ .

(٢) البقرة / ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

ولا يطالب بالفئة لحرمة الوطء ، ويحرم عليها تمكينه .

والإيلاء : حرام عند الجمهور لأنه إيذاء ، وهو يمين على ترك واجب ، مكروه تحريماً عند الحنفية .

ركن الإيلاء : وهو عند الحنفية : الحلف على ترك قربان زوجته مدة ، أو هو الصيغة التي ينمقدها من الألفاظ الصريحة أو الكناية ^(١) . وما عدا هذا فشرط للإيلاء .

وينمقده الإيلاء ككل الأيمان سواء في حالة الرضا أو الغضب .

شروط الإيلاء :

شروط الإيلاء عند الحنفية ستة ^(٢) .

١- أن تكون المرأة محلاً لذلك ، بمعنى أن تكون زوجة ولو حكماً كالمعتدة من طلاق رجعي ، وقت تنجز الإيلاء فإن كانت المرأة بائنة من زوجها بثلاث أو بلفظ بائن لم يصح الإيلاء منها .

٢- وأن يكون الزوج أهلاً للطلاق ، وقد صح إيلاء الذمي بغير ما هو قربة محضة كحج وصوم . وفائدة تصحيح إيلاء الذمي ، وإن لم يكن ملزماً بالكفارة في حالة الحنث : أن يقع الطلاق بترك قربان المرأة في مدة الإيلاء .

٣- عدم تقييده بمكان : حيث إنه يمكن قربان المرأة في غيره .

(١) وهذا معناه إذا امتنع الزوج عن وطء زوجته مدة أربعة أشهر من غير تلفظ بقسم أو تعليق لا يكون مولياً حتى إذا أراد ضرر الفروجة بهذا الإمتناع ، بخلاف الإمام مالك : يعتبر هذا الزوج مولياً ، لأنه لا يشترط في الإيلاء التلفظ ويكتفي بترك الوطء مادام يقصد الضرر بذلك .

(٢) المبدل ١٧٠/٢ - ١٧٣ ، الدر المختار ورد المختار ٧٥٠/٢ ، الفقه الإسلامي وأصله ٤٢/٧

4- ألا يجمع بين الزوجة وغيرها كاجنابية ، لأنه يمكنه قربان أمراته وحدها بلا لزوم شيء .

5- أن يكون المنع من القربان فقط .

6- ترك الفء ، أي الجماع في المدة المقررة وهي أربعة أشهر ، لأن الله تعالى جعل عزم الطلاق شرط وقوعه لقوله سبحانه ﴿ فَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ، فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ .

وكلمة [إن] للشرط ، وعزم الطلاق : ترك الفء في المدة .

ودليلهم على أن المدة هي أربعة أشهر أن الغيبة تكون في مدة الأربعة أشهر ، لا بعدها .

حكم الإيلاء :

إذا عاد الزوج إلى زوجته في أثناء المدة - لأنه إذا لم يفء إليها فهو آثم لقوله سبحانه ﴿ فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ . يكون حائثاً في يمينه ، والحائث في اليمين تلزمه الكفارة ، وهذا إن كان الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته مثل [والله لأقربك] فهنا تلزمه الكفارة لقوله سبحانه ﴿ لَا يُوْخِذُكُمْ اللَّهُ بِاللُّغُوفِ فِي آيَمَانِكُمْ ، وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْآيَمَانَ ... ﴾ ^(١) .

فتجب عليه كفارة اليمين كسائر الأيمان ، وهي - كما جاء في هذه الآية - إطعام عشرة مساكين يوماً واحداً ، أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، وذلك بالنسبة للموسر ، أما المعسر الذي لا يجد شيئاً من ذلك ، وجب عليه صيام ثلاثة أيام متتابعات .

(١) المائدة / ٨٩ .

وإذا لزمته الكفارة سقط الإيلاء . أما إذا كان الحلف بالشرط والجزاء مثل (إن قربتك فعليّ حج ، أو أنت طالق) فإذا حدث هنا ، بمعنى إذا وطئها في أثناء مدة الإيلاء لزمه الجزاء المعلق .

ولكن إذا لم يعد الزوج إلى زوجته حتى انقضت مدة الإيلاء وقع عليها بانتهاء المدة طلاقاً بائنة عند الحنفية ^(١) .

ومعلوم أن الحياة الزوجية لاتعود - هنا - إلا بعقد ومهر جديدين . ودليلهم على أنه طلاق بائن : فقد أخذوا برأي جماعة من الصحابة وهم عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة - ابن مسعود وابن عباس وابن عمر - وزيد بن ثابت فقد قالوا : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، ولأن دفع الظلم عن المرأة لا يكون إلا بالبائن لتتخلص منه فتتمكن من الزواج بآخر .

وخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك فقالوا : إن انتهاء المدة بدون في لا يكون طلاقاً كما ذهب إلى ذلك الحنفية ولكن الحكم أن يوقف فيما أن يفيء وإما أن يطلق ، وبناء على رأي الجمهور هذا يجوز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القضاء بعد انتهاء - المدة - أربعة أشهر - وعلى القاضي أن يطلب من الزوج العودة إلى زوجته بمعاشرتها جنسياً ، أو يطلقها مادام معرضاً عنها ولا يريد التمتع بها ، فإن عاد إلى معاشرته زوجته بعد انقضاء المدة انتهى الإيلاء ولا شيء عليه ، حيث أنه غير حائث في يعينه فلا تجب عليه كفارة اليمين ، ولم يحصل الوطء الذي علق عليه الأمر الذي فيه مشقة عليه لهذا لا يجب عليه هذا الأمر . وإذا لم يعد الزوج إلى زوجته ولم يطلقها ، طلق القاضي عليه هذه الزوجة ، لأن الطلاق من الأمور التي تصح الإجابة فيها كقضاء

(١) الباب ٦٠/٣ ، فتح القدير ١٨٥/٣ .

الدين ، وهنا الزوج ممتنع عن الرجوع وعن الطلاق ، وهذا إضرار بالزوجة ، والقاضي جعل لرفع الضرر عن الناس .

أما الطلاق الواقع هنا على الزوجة ، فهو رجعي عند جمهور الفقهاء ^(١) . ولما كان هذا طلاقاً رجعياً ، جاز للزوج أن يراجع زوجته في أثناء عدتها من هذا الطلاق الرجعي ، وليس من شرط صحة الرجعة أن يطلأ زوجته في أثناء عدتها عند الجمهور .

وقد نصت المادة - ١٢١ - من مشروع قانون الامارات على مايتي:
[١- إذا حلف الزوج على أن يترك مباشرة زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر ، أو دون تحديد مدة واستمر ممتنعاً حتى مضت أربعة أشهر قمرية طلقها عليه القاضي طلاقاً رجعياً بطلبها .

٢- إذا استعد الزوج للنفى قبل التتطبيق أجله القاضي مدة مناسبة ، فإن لم ينفى طلق عليه القاضي .

٣- للمولى أن يراجع زوجته في العدة ، ولا تصح الرجعة إلا بالنفء إليها فعلاً ، مالم يكن له عذر فتصح الرجعة بالقول] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١١٤ - فقرة (أ) على الآتي : [للزوجة طلب التتطبيق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مالم ينفى قبل انقضاء أربعة أشهر] .

وبهذا نجد أن مشروع دول مجلس التعاون جعل طلب التتطبيق قبل انقضاء المدة وهذا بخلاف مشروع الإمارات .

(١) بداية المجهد ١٠٠/٢ ، الأم ٢٤٨/٢ ، الموطن ص ٣٤٣ .

الظهار وأحكامه :

الظهار شبهة بالإيلاء حيث أن كلا منهما يعين تمنع الوطء . ويرفع منعه الكفارة .

الظهار لغة : مصدر مأخوذ من الظهر ، لأن صورته أن يقول الرجل لامرأته : [أنت علي كظهر أمي] وكان طلاقا في الجاهلية ، وقد قيل : كان في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته وفي نفس الوقت لا يريد أن تتزوج بغيره آلى منها أو ظاهر ، فتبقى بدون زوج ولا هي خالية من الأزواج تستطيع أن تنكح غير زوجها الأول ، فغير الشارع حكمه إلى تحريم الزوجة على زوجها بعد العود - العزم على الوطء - ولزوم الكفارة .

الظهار شرعا : هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأييد ، أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه مثل الظهر والبطن والفخذ ، كأن يقول لها : أنت علي كظهر أمي أو أختي وكذلك يحذف كلمة (على) .

فلو شبه الزوج زوجته بامرأة تحرم عليه مؤقتا ، لا يكون ظهارا مثل : أنت علي كظهر أختك أو عمك ، وكذلك إذا شبهها بجزء لا يحرم النظر إليه كالوجه والرأس ، كقوله : أنت علي كوجه أمي أو كراسها ، لا يكون ذلك ظهارا . وإذا شبهها بشيء يحرم عليه ولكن من غير النساء مثل الخمر ، بأن قال لها : أنت علي كالخمر ، لم يكن ظهارا ويرجع فيه إلى نيته ، فإن قصد به طلاقا ، كان طلاقا بائنا ، وإن قصد التحريم أو لم يقصد شيئا كان إيلاء .

الدليل عليه : الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقوله سبحانه ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير...﴾^(١) .

وأما السنة : فحديث خولة بنت مالك قالت : (ظاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أشكوا إليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول : اتق الله فإنه ابن عمك ، فما برح حتى نزل القرآن : ﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ، الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وإن الله لعفو غفور...﴾^(٢) . فقال : [ليعتق رقبة ، قالت : لا يجد ، قال : فيصوم شهرين متتابعين ، قالت يارسول الله : إنه شيخ كبير مابه من صيام ، قال : فليطعم ستين مسكينا ، قالت : ماعنده من شيء يتصدق به ، قال فأني سأعيته بقرق من تمر ، قالت وأنا أعيته بقرق آخر ، قال : لقد أحسنت ، إذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا]^(٣) .

والظاهر محرم^(٤) بالإجماع لقوله سبحانه ﴿والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وإنهم ليقولون منكرا من

القول وزورا﴾ .

(١) المجادلة / ٣ ، ٤ .

(٢) المجادلة من ١ - ٤ .

(٣) نيل الأوطار ٢٦٢/٦ .

(٤) البدائع ٢٢٩/٣ ، المهذب ١١١/٢ ومايلها للفني ٣٣٧/٧ .

وقول المنكر وكذلك الزور من الكبائر ، بل من أكبر الكبائر ، لذلك نرى الحق سبحانه حرمه ونفى أن تكون الزوجة كأم في التحريم يقول سبحانه : ﴿ ما هن أمهاتكم ﴾ .

وقوله سبحانه : ﴿ وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن — أمهاتكم ﴾ ^(١) .

وسبب نزول هذه الآيات التي تتحدث عن الظهار ، فكما سبق من أن خولة بنت مالك بن ثعلبة أتت إليه - صلى الله عليه وسلم - تجادله في أمر زوجها حينما ظاهر منها ، وكان الظهار طلاقا في الجاهلية ، فقال : - صلى الله عليه وسلم - لها (حرمت عليه) وكرر هذه الجملة أكثر من مرة من خلال حوار ومجادلة حدثت بينه وبين هذه الزوجة حتى قالت : أشكو إلى الله حالتي وشدة حالي ، وإن لي صبية صفارا إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن تركتهم عندي جاعوا ، وجعلت ترفع رأسها إلى السماء وتقول : اللهم إني أشكو إليك ، فأنزل على لسان نبيك - وكان هذا هو أول ظهار في الإسلام - فأنزل الله سبحانه ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ﴾ .

وبهذه الآيات تغير حكم الظهار ، فبعد أن كان يعد طلاقا تصير المرأة به محرمة على زوجها تحريما مؤبدا أصبح لا يعد طلاقا ، بمعنى أن المرأة المظاهر منها تحرم على زوجها حرمة مؤقتة ينتهي أمدها إذا كفر عن قوله بواحد من هذه الأمور الثلاثة المنصوص عليها في الآيات السابقة ، ويحرم عليه أن يستمتع بها بأي وجه من

(١) الأحزاب / ٤ .

وجوه الاستمتاع حتى يكفر ، فإذا كفر هل له هذا الاستمتاع ، وليس قبل الكفارة التي وجبت عليه وإلا كان عاصياً لله سبحانه وتعالى ^(١) .

صيغة الظهار : الظهار يكون بالاتفاق منجزاً ، كقوله : أنت علي كظهر أمي ، وهو عند أكثر الفقهاء من الزوج لامن الزوجة ^(٢) . بمعنى لو ظاهرت المرأة من زوجها كان ظهارها عند الحنفية لقوا ، أي لحرمة عليها ولا كفارة . وذهب إلى ذلك بقية المذاهب لقوله سبحانه : ﴿ وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ فالحق سبحانه خص الأزواج بالظهار ، ثم إنه قول يوجب تحريماً على الزوجة يملك الزوج رفعه ، فكان هذا من اختصاص الرجال كالطلاق .

لكن الامام أحمد أوجب عليها - في رواية راجحة عنه - كفارة الظهار ، لأنها بهذا أنت منكراً من القول وزوراً ، وفي رواية عنه : عليها كفارة يمين ، قال ابن قدامة : وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبهه بأصوله .

الظهار والتعطيق :

ذهب الحنفية ^(٣) : إلى جواز إضافة الظهار إلى ملك أو سبب الملك .

مثال الأول : أن يقول لأجنبية : إن صرت زوجة لي فأنت علي كظهر أمي .
ومثال الثاني : إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ، كما أجازوا إضافته إلى وقت .

مثل : أنت علي كظهر أمي في رأس سنة كذا .

(١) للرجاء ص ٢٥٠ .

(٢) الدر المختار ٧٩٠/٢ ، ٧٩١ بداية المجتهد ١٠٧/٢ ، للفي ٣٨٣/٧ ، ٣٨٤ .

(٣) البيهقي ٢٣١/٣ ، ٢٣٢ .

وكذلك قال الحنابلة ^(١) : بالجواز ، بمعنى أن الظهار يعلق على الزواج أو ظاهر من الأجنبية ، سواء قال : ذلك لامرأة بعينها ، أو قال : كل النساء علي كظهر أمي ، وسواء أوقعه مطلقاً أم علقه على التزويج ، بأن قال : كل امرأة أتزوجها ، فهي علي كظهر أمي ، فإذا تزوج التي ظاهر منها ، لم يطأها حتى يكفر ، وأجازوا تعليقه بشرط ، كقوله : إن دخلت الدار ، فأنت علي كظهر أمي .

ودليلهم على هذا ما رواه أحمد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه قال في رجل قال : إن تزوجت فلانة ، فهي علي كظهر أمي ، فتزوجها ، قال : | عليه كفارة الظهار [.

وذهب المالكية والشافعية إلى ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة : من جواز تعليق الظهار .

ونخلص من هذا أن فقهاء المذاهب الأربعة ^(٢) . اتفقوا على جواز تعليق الظهار على شرط ، وكذلك يجوز تعليق الظهار على التزويج بامرأة معينة ، وكذلك لو قال : [كل النساء علي كظهر أمي] عند الثلاثة الحنفية والمالكية والحنابلة .

الظهار والتوقيت : ذهب الأئمة الأربعة : إلى القول : بأن الظهار يصح مؤقتاً ، كقوله : أنت علي كظهر أمي شهراً أو سنة ، لكنه يصبح مؤبداً عند المالكية ، فلا يحل إلا بالكفارة ، بمعنى أن التوقيت يسقط ويكون ظهاراً ، لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا حدث ووقته لم يتوقف كالطلاق ، أما الشافعية والحنابلة : فقد قالوا : إذا مضى الوقت ، زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة ، فإن

(١) المغني ٣٠١/٧ ، ٣٥٥ ، الفقه الإسلامي وأدلة ٥٨٩/٧ ، ٥٩٠ .

(٢) البدائع ٢٣٦/٣ ، الشرح الصغير ٦٣٥/٢ ، المغني ٣٤٨/٧ .

وطئها في الدة لزمته الكفارة ، وذلك لحديث سَلَمَة بن صَخْر ، وقوله : [تظاهرت من إمرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان ، وأخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه أصابها في الشهر ، فأمره بالكفارة] ^(١) .

ركن الظهار :

عند الحنفية ^(٢) : ركن الظهار : هو اللفظ الدال على الظهار ، كقول الرجل لامراته : أنت علي كظهر أمي ، وهذا هو الأصل فيه ، ويلحق به قوله : أنت علي كبطن أمي ، أو فخذ أمي .

وعند الجمهور ^(٣) - غير الحنفية - قالوا بأن الظهار له أربعة أركان وهي :
[المظاهر والمظاهر منها ، واللفظ أو الصيغة ، والمشبّه به .
والظاهر : هو الزوج .

والظاهر منه : هو الزوجة مسلمة كانت أو كتابية .

واللفظ أو الصيغة : ما يصدر عن الزوج من ألفاظ صريحة أو كناية .

والمشبّه به : هو من حرم وطؤه وهو الأم ويلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو مصاهرة أو رضاع] .

قسما الظهار باعتبار الصيغة :

ينقسم الظهار باعتبار صيغته إلى قسمين : صريح وكناية .

(١) رواه أحمد وأبو حنود والترمذي نيل الأوطار ٢٥٨/٦ .

(٢) البدع ٢٢٩/٣ .

(٣) الشرح الكبير ٤٤٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٥١/٣ ، المغني ٣٣٩/٧ ، القوانين الفقهية ٢٤١

ذهب الحنفية^(١) : إلى القول : بأن الصريح منه ماكان بلفظ لايحتمل معناً آخر غير الطهار ، كقول الرجل لزوجته : (أنت علي كظهر أمي) أو ماشبه ذلك كقوله : [أنت علي كبطن أمي] يكون هذا طهاراً ولا يحتاج إلى نية ، لأنه صريح ومثله : [أنت علي حرام كظهر أمي] ثبت الطهار بدون حاجة إلى نية ، ولكنه إذا نوى شيئاً غير الطهار - أي الطلاق - لا يكون إلا طهاراً عند أبي حنيفة ، لأن لفظ الطهار صريح فيه .

والكتاية ماكان بلفظ يحتمل الطهار وغيره ، والطهار هنا لا يكون إلا بالنية ، كقوله : [أنت علي مثل أمي] هنا يجب الرجوع إلى نيته ، فإن قال : إنما أردت ذلك الكرامة ، فهو كما قال ، وإن قال : إنما أردت الطهار ، فهو طهار ، أما إذا قال : أردت الطلاق ، فهو طلاق بائن ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لاحتمال إرادة الكرامة .

وإذا قال : [أنت علي حرام كأمي] يكون مانواه من طهار أو طلاق . فإذا ما ادعى إرادة الكرامة لايقبل منه ، لوجود لفظ التحريم ، أما إذا لم ينو شيئاً ثبت الأدنى وهو الطهار في الأصح لعدم إزالته ملك النكاح وإن طال .

وذهب المالكية^(٢) إلى القول : بأن صريح الطهار هو ماشمل ذكر الظهر في مؤيد التحريم ، أو هو اللفظ الذي يدل على الطهار بالوضع الشرعي دون احتمال غيره بلفظ ((ظهر)) امرأة مؤيدة التحريم بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، فلا بد إذا في الصريح من ذكر الأمرين : الظهر ومؤيدة التحريم ، كقوله : [أنت علي كظهر أمي أو أختي من الرضاع] أو ماشبه ذلك .

(١) البدائع ٢٣٠/٣ ، ٢٣٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٩٠/٧ ومابعدها .

(٢) الشرح الكبير ٤٤١/٢ ، بداية المجتهد ١٠٣/٢ .

وإذا نوى به الطلاق - أي الظهار الصريح - لا ينصرف إليه لأن صريح كل نوع لا ينصرف لغيره ، لهذا لا يؤاخذ ولا يحاسب عليه كطلاق إذا نواه .

والكناية عندهم : تكون بسقوط أحد اللفظين : لفظ الظهر ، ولفظ مؤبد التحريم ، فالأول كقوله : [أنت كأمي] أو [أنت أمي] بحذف أداة التشبيه ، والثاني كقوله : [أنت كظهر رجل أو كظهر أبي أو ابني ، أو أجنبية ^(١)] . يحل وطؤها مستقبلا بالزواج [.

ومن الكتابة أن يعبر بجزء من الزوجة أو من المشبه به ، كقوله : يدك كأمي ، أو كيد أمي ، وينوي الظهار في النوعين .

شروط الظهار :

الظهار له شروط لابد من توافرها ، وهي :

١- يشترط في المظاهر كونه زوجا يصح الطلاق منه ، بمعنى أن يكون المظاهر زوجا بالغا عاقلا مسلما ، فلا يصح الظهار من غير الزوج ولا من الزوج إن كان صبيا أو مجنونا أو ماشبه ذلك ، أو ذميا وهذا عند الحنفية والمالكية - أي كونه مسلما - لأنه - الذمي - ليس مطالبا بالكفارة ^(٢) . أما عند الشافعية والحنابلة فلا يشترطون الإسلام ، لعموم آية الظهار : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ .

٢- ويشترط في المظاهر منها أن تكون زوجته ، بمعنى أن الظهار لا يصح من المرأة الأجنبية ، لعدم الملك ، لقوله سبحانه ﴿ من نسائهم ﴾ . فإذا طلقت الزوجة

(١) المقصود بها : غير الزوجة ، والقرية غير المحرم .

(٢) البائع ٢٣١/٣ ، الشرح الصغير ٦٣٦/٢ ، مغني المحتاج ٣٥١/٣ ، المغني ٣٣٧/٧ .

طلاقاً بائناً ، أو فسخ عقد الزواج ، فلا يصح الظهار ، لأنها بهذا الطلاق أو الفسخ أصبحت أجنبية عنه بالبينة أو الفسخ .

ولكن يصح الظهار عند الجمهور غير الشافعية معلقاً بالملك - كما سبق - كأن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي .

٣- ويشترط في المشبه به : أن يكون امرأة يحرم عليه نكاحها على التأبيد ، سواء كان بنسب أو مصاهرة أو رضاع مثل الأم والبنت والأخت والعمة والخالة فكلهن محرمات على التأبيد ، لهذا لو شبه الزوجة بواحدة منهن كان ظهاراً ، لهذا إذا كانت المشبه بها ليست محرمة على سبيل التأبيد لا يكون هذا ظهاراً ، وكذلك إذا كان المشبه به غير أنثى كقوله : أنت علي كظهر أبي أو ابني ، فلا يكون ظهاراً كذلك ، لأن التشبيه بهما لا يصح ، لأن الشرع ورد فيما إذا كان المظاهر به امرأة ، وفقد الشرط يترتب عليه فقد الشروط وكذلك فالأب والابن ليسا محل التمتع ^(١) .

أثر الظهار ^(٢) :

الظهار يترتب عليه الآثار الآتية :

١- يحرم الوطء اتفاقاً قبل التكفير ، وكذلك عند الجمهور غير الشافعية : يحرم جميع أنواع الاستمتاع غير الجماع كاللمس والتقبيل والنظر بلذة ماعدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدننها ومحاسنها ، والمباشرة فيما دون الفرج لقوله سبحانه : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، فتحرير رقبة من قبل أن

(١) الإقناع (٦) حل لفظ أبي شجاع ١١٤/٤ .

(٢) فتح القدير ٢٢٥/٣ ، الباب ٦٦/٣ ، الشرح الصغير ٦٤٠/٢ ، المهذب ١١٥/٢ ، المغني ٣٤٦/٧ .

يتماسا ﴿ بمعنى فليحرروا رقبة ، كما في قوله سبحانه ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ بمعنى ليرضعن .

ولأن القول الذي حرم الوطء ، حرم مقدماته وكذلك دواعيه حتى لا يؤدي إلى الوقوع فيه . ويستمر التحريم إلى أن يكفر كفارة الظهار ، لأن الظهار منكر من القول وزور ، فيناسب هذا الحرمة وترتفع بالكفارة .

ولكن ماذا لو وطئ الرجل المظاهر إمرأته قيل أن يكفر ، استغفر الله سبحانه لارتكاب هذا الاثم ، ولا شيء عليه غير كفارة واحدة ، ولا يعود إلى الاستمتاع بالمظاهر منها حتى يكفر لقوله - صلى الله عليه وسلم - للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة : [فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله] ^(١) . وعن سلمة بن صخر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال : كفارة واحدة ^(٢) .

والعود الذي تجب به الكفارة في قوله سبحانه ﴿ ثم يعبدون لما قالوا ﴾ هو عزم المظاهر على وطئها - أي المظاهر منها - بمعنى أن الكفارة تجب عليه إذا قصد وطئها بعد الظهار أما إذا رضي أن تكون محرمة عليه ، وليس عازما على وطئها لاتجب الكفارة عليه ، وإن كان يُجبر على التكفير دفعا للضرر .

٢- للمرأة حق مطالبة المظاهر بالوطء ، لتعلق حقها به ، وفي نفس الوقت من حقها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر عن الظهار ، وعلى القاضي إلزامه بالتكفير دفعا للضرر عنها ، والإلزام يكون بحبس أو ضرب حتى يكفر أو يطلق .
فإن ادعى أنه كفر عن ظهاره ، صدّق في دعواه مالم يكن معروفاً بالكذب .

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١١٤/٤ .

(٢) فتح القدير ٢٢٥/٣ ، الباب ٦٦/٣ ، الشرح الصغير ٦٤٠/٢ ، المهذب ١١٥/٢ ، المغني ٣٤٦/٧ .

كفارة الظهار :-

مشروعية الكفارة : شرعت كفارة الظهار بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ، ثم يعوبون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ... ﴾ .

وأما السنة : فروى أبو داود بإسناده عن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت : طاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أشكوا إليه ، ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - يجادلني فيه ، ويقول : الله ، فإنه ابن عمك ، فما برح حتى نزل القرآن : ﴿قد سمع الله قول التي تجادلك فيسي زوجها ... ﴾ .

فالكفارة تكون بواحد من الأمور الثلاثة المذكورة في هاتين الآيتين الكريمتين ، وكذلك ما ذكره الحديث السابق - لخولة بنت مالك بن ثعلبة .

وهي تكون على الترتيب المذكور في القرآن والسنة ، يبدأ المظاهر إذا عاد في قوله : بمعنى أن يعزم على الوطء أو إرادة الوطء ، كما قال البعض . أو الوطء في الفرج كما قال البعض ، بعق رقبة ^(١) مؤمنة عند جمهور الفقهاء ، وذلك قياسا على كفارة القتل التي بينها الله في قوله سبحانه ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ^(٢) وآية الظهار مطلقة دون تقييد فحمل جمهور الفقهاء المطلق على المقيّد .

(١) الباب ٧٠/٣ ، الشرح الصغير ٦٤٥/٢ - ٦٤٩ ، مغني المحتاج ٣/٣٦٠ ، للفتي ٣٥٩/٧ .

(٢) البقرة ٩٢/ .

ولكن عند الحنفية يجوز في الظهار أن يعتق رقبة مؤمنة وغير مؤمنة ، لأن النص في الظهار مطلق غير مقيد فيبقى على إطلاقه .

واتفق الفقهاء على أنه لايجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب الضارة بالعمل ضراً بينا ، لأن المقصود تملك العبد منافع نفسه ، وتمكينه من التصرف لنفسه ، ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً واضحاً .

فإن لم يجد المظاهر رقبة ، بمعنى أنه لم يجد رقبة ، أو مالا يشتريها به ، أو وجدها بأكثر من ثمن المثل ، وقدر على الصوم ، صام شهرين متتابعين دون أن يتخللها إقطار يوم واحد .

وبناء على هذا إذا أفطر يوماً ولو كان بعذر وجب عليه استئناف الصوم ، لغوات التتابع المنصوص عليه في القرآن والسنة .

فإذا عجز المظاهر عن الصوم لكبره ، أو لكونه مريضاً مرضاً لا يرجى برؤه فعليه أن يطعم ستين مسكيناً يوماً واحداً -- وجبتين -- أو يعطيهم قيمة ذلك ، وهذا ماذهب اليه الجمهور ، أما الحنفية فقد أجازوا للمظاهر أن يطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً ، أو أن يعطيه كل يوم قيمة طعام ذلك اليوم مدة ستين يوماً ، حيث أن المقصود من النص عندهم هو سد حاجة هذا العدد من المساكين فكما أن الحاجة تندفع لعدد ستين مسكيناً في يوم واحد فهي كذلك تندفع لمسكين واحد ستين يوماً .

ومشروع قانون الامارات لم يتعرض لموضوع الظهار ، أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١١٥ - على الآتي :

[أ- للزوجة طلب التطلاق للظهار .

ب- يفتر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار - خلال أربعة أشهر من تاريخ
الإنذار فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق [٢] .

ولا شك أن هذا مسلك مقبول من المشروع لرفع إضرار الزوج لزوجته ، وقاسوا
هذا على الإيلاء فإذا لم يعد - بعد مدته - إليها طلقها بنفسه ، أو طلقها عليه
القاضي عند امتناعه من الرجوع إليها أو طلاقها ، فكذلك الظهار .

اللعان وأحكامه :

تعريف اللعان :-

اللعان لغة : | مصدر لاعن كقاتل ، من اللعن : وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله ، وسمي بذلك لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبا ، أو لأن الرجل هو الذي يلعن نفسه ، ولكنه في جانب المرأة أطلق من باب التقليل .

واصطلاحاً^(١) : شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة بلعن من جهة الزوج وبغضب من جهة الزوجة [.

مشروعية اللعان : الأصل فيه قوله سبحانه : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرونها عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ، إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴾^(٢) .

وسبب نزول هذه الآيات الكريمات : مارواه البخاري وغيره : | أن هلال بن أمية كذب زوجته عند النبي - صلى الله عليه وسلم - بشريك بن سحْماء ، فقال له - صلى الله عليه وسلم - البينة أو حد في ظهرك ، فقال يانبي الله ! ، إذا رأى أحدنا على أمراته رجلاً ينطلق يلتمس البينة ، فجعل النبي - صلى الله عليه وسلم - يكرر ذلك ، فقال هلال : والذي بعثك بالحق نبيا ، إني لصادق ، ولينزلن الله ما يبرىء

(١) الباب ٧٤/٣ ، الدر المختار ٨٠٥/٢ ، كشاف القناع ٤٥٠/٥ ، الفقه الإسلامي وأصله ٥٥٦/٧ -

(٢) ٥٦٠ .

ظهري من الحد ، فنزلت الآيات [^(١) فكان هذا أول لعان في الإسلام ماحداث بين هلال ابن أمية وزوجته ، وهذا مارآه الجمهور .

وقيل أن هذه الآيات نزلت بسبب عويمر العجلاني : فقد روى الجماعة إلا الترمذي أنه - صلى الله عليه وسلم - قال لعويمر العجلاني : [قد نزل فيك وفي صاحبك ، فاذهب فأت بها فتلأعنا عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم -] ^(٢) .

وهذا مذهب إليه النووي من أن السبب في نزول آية اللعان ، قصة عويمر العجلاني .

كيفية اللعان ^(٣) :

إذا قذف الرجل زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها منه ، ولم تكن له بينة والزوجة لم تصدقه ، وقد طلبت إقامة حد القذف عليه ، أمره القاضي باللعان ، فيقول الزوج أمام القاضي أربع مرات : [أشهد بالله ، إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو نفى الولد] . مشيراً إليها إن كانت حاضرة ، أو بالتسمية بأن يقول : [فيما رميت به فلانة زوجتي من الزنا] ثم يقول في الخامسة : [لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد] ويشير الزوج إليها في جميع ما ذكر .

(١) رواه الجماعة - نيل الأوطار ٢٧٢/٦ .

(٢) نيل الأوطار ٢٦٨/٦ .

(٣) رد المحتار ٨١٠/٢ ، بداية المجتهد ١١٨/٢ ، مغني المحتاج ٣٧٤/٣ ، للمفتي ٤٣٦/٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٧١/٧ - ٥٧٦ .

ثم تقول المرأة أربع مرات أيضاً : [أشهد بالله ، إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد] وتقول في الخامسة : [إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد] .

وكان تخصيص الغضب في جانب المرأة - وهو أشد من اللعن - ، لأن النساء يتجاسرن باللعن ، حيث إنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً ، فكان اختيار الغضب في جانبها لكي تتقي ولا تقدم عليه ، وكذلك لأجل جريمتها وهي الزنا فهي ولا شك أعظم من جريمة الرجل وهي القذف . وكان البده بالرجل في اللعان ، لأنه الدعي ، وفي الدعاوي يبدأ بالدعي .

ودليل هذه الكيفية :

أولاً: قوله سبحانه : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ، وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ إلى آخر الآيات المذكورة سابقاً .

ثانياً : حديث ابن عمر - وهو من ضمن أحاديث ذكرت في هذا - قال : يارسول الله ، أرايت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة ، كيف يصنع ؟ إن تكلم ، تكلم بأمر عظيم ، وإن سكت سكت على مثل ذلك ، قال : فسكت النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم يُجبْه ، فلما كان بعد ذلك ، أتاه ، فقال : إن الذي سألتك عنه ابتليت به ، فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات في سورة النور ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ فتلاهن عليه ، ووعظه وذكره ، وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فقال : لا والذي بعثك بالحق ، ماكذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقالت : لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب .

فبدأ بالرجل ، فشهد أربع شهادات بالله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم ثني بالمرأة ، فشهدت أربع شهادات بالله ، إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ثم فرق بينهما^(١) .

وبدأ الزوج باللعان هو ما ذهب إليه الجمهور ، أما أبو حنيفة فقد قال : يجزئ أن تبدأ المرأة باللعان وقد قال الكاساني في البدائع : ينبغي أن تعيد ، لأن اللعان شهادة المرأة ، وشهادتها تقدر في شهادة الزوج ، فلا تصح إلا بعد وجود شهادته .

ماذا لو نكل أحد الزوجين عن اللعان ، أو رجع عنه ؟

إذا امتنع أحد الزوجين عن اللعان بعد أن يطلبه القاضي منه ، فقد اختلف الفقهاء في الحكم فيه على رأيين^(٢) .

ذهب جمهور الفقهاء - غير الحنفية - : إلى القول بأنه إذا امتنع الزوج عن اللعان أو امتنعت الزوجة حد حد الزنا ، لأن اللعان قد جعل بدلا عن حد الزنا ، لقوله سبحانه ﴿ ويذرونها عنها العذاب ﴾ .

والمقصود هو العذاب الدنيوي وهو الحد عندهم فلا يندري الحد عن الزوجة إلا بلعانها .

ولكن الحنابلة قد وافقوا الحنفية حين امتناع الزوجة عن اللعان - وهو

(١) حديث متفق عليه نيل الأوطار ٢٦٧/٦ .

(٢) البدائع ٢٣٨/٣ ، الباب ٧٥/٣ ، بدلية المجتهد ١١٩/٢ ، مغني المحتاج ٣٧١/٣ ، ٣٨٢ ، المغني ٣٩٢/٧ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٥ .

ما سوف يذكر بعد - أخذاً بمدلول الآية السابقة : ﴿ويدراً عنها العذاب﴾ فإن لم تلاعن وجب ألا يدراً عنها العذاب فتحبس حتى تقر بالزنا أربع مرات أو تلاعن .

وذهب الحنفية^(١) إلى القول بأنه إذا امتنع الزوج عن اللعان حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه ، هنا يُحدّد القذف . وإن امتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه عليها ، فإن صدقته خلّى سبيلها من غير حد ، لأن قوله سبحانه : ﴿ويدراً عنها العذاب﴾ أي الحبس عندهم وعند الحنابلة .

وسبب الخلاف بين الجمهور والحنفية : في حال امتناع الزوج عن اللعان : يرجع إلى اختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوجة أهو اللعان أم الحد ؟ .

ذهب الجمهور إلى القول : بأن الموجب الأصلي هو حد القذف ، واللعان مستطله ، وذلك لعموم قوله سبحانه ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلسوهم ثمانية جلدة﴾ فإن هذا عام في الأجنبي والزوج ، ويجب الحد على كل قاذف ، أي سواء أكان القاذف هو الزوج أم كان غيره ، ثم جعل اللعان للزوج مقام الشهود الأربعة الذين يثبت بشهادتهم الزنا ، لذلك إذا امتنع عن اللعان فقد وجب عليه الموجب الأصلي وحد القذف . ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لهلال بن أمية لما قذف زوجته بالزنا : [البينة أو حد في ظهرك] .

(١) فتح القدر ٢٠١/٣ .

ونذهب الحنفية إلى القول : بأن الموجب الأصلي هو اللعان ، واللعان واجب لقوله سبحانه : ﴿والذين يرمون أزواجهن ، ولم يكن لهن شهود إلا أنفسهن ، فشهادة أحدهن أربع شهادات بالله فإنه سبحانه قد جعل موجب قذف الزوجات هو اللعان ، فمن أوجب الحد فقد خالف النص ، فصارت آية حد القذف بالنسبة للزوجات منسوخة في حق الأزواج ، وأصبح الواجب بقذف الزوجة هو اللعان ، فإذا امتنع عنه حبس حتى يلاعن ، مثله مثل المدين حين امتناعه عن إيفاء دينه ، فهو هنا يحبس حتى يوفي ماعليه .

وأرجح ماذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم من القرآن والسنة . وبناء على ذلك إذا قذف الزوج زوجته المحصنة - العفيفة - ، وجب عليه حد القذف ، وحكم بنفسه ، وكذلك ترد شهادته ، إلا أن يأتي ببينة أو يلاعن .

وقد يجب على الزوج عند امتناعه عن اللعان التعزير فقط ، وذلك يكون عند قذف غير المحصنة مثل المرأة الكتابية ، والأمة ، والمجنونة ، فإن التعزير هو الواجب هنا لأنه ألحق العار بهن بالقذف ، ولا يحد لهن حدا كاملا لنقصانهن بما ذكر ، ولا يتعلق به فسق ولا رد شهادة .

ماذا لو رجع الزوج عن اللعان ؟

ذهب أئمة المذاهب الأربعة ^(١) : إلى القول : بأنه إذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان ، يحد حد القذف ، ومن حق الزوجة هنا مطالبة القاضي بهذا الحد ، سواء كان تكذيبه لنفسه قبل لعانها أو بعده ، حيث إن اللعان أقيم مقام البينة في حق

(١) الدر المختار ٨١٢/٢ ، بداية المجتهد ١٢٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٠/٣ ، كشف القناع ٤٦٨/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٧٥/٧ - ٥٧٨ .

الزوج ، فإذا ما كذب نفسه ، بمعنى أن يقول : كذبت عليها ، فيكون بهذا قد زاد في هتك حرمتها وكرر قذفها ، فلا أقل من وجوب الحد عليه الذي كان واجبا بالقذف المجرد .

فإن عاد عن تكذيب نفسه ، وقال لي بيعة سوف أقدمها بزناها أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان ، لانسمع لكلامه ، لأن البيعة واللعان لتحقيق ما قاله ، وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع خلاف ذلك منه .

وهذا كله يكون حينما تكون المقتوفة محصنة - عفيفة - فإن كانت غير محصنة ، يكون التعزير فقط ولكن إذا كان تكذيب الملاحن لنفسه قبل لعان المرأة ، حد حد القذف ، وبقيت الزوجية ، بمعنى أن تبقى له زوجة ، لكنها لا تبقى زوجة بعد لعانها .

أركان اللعان وشروطه :

أركانه : -

ذهب الحنفية ^(١) : إلى القول : كما هو الشأن في جميع العقود عندهم - بأن ركن اللعان واحد وهو اللفظ - أي الصيغة - وهو : شهادات مؤكدة باليمين واللعن من كلا الزوجين .

أما الجمهور ^(٢) . فقد قالوا : بأن أركان اللعان أربعة وهي : الملاحن ، والملاعة ، وسببه ، ولفظه .

(١) فتر المختار ٨٠٦/٢ .

(٢) فتاوى الفقهاء ٢٤٣ .

وأما شروطه :

لا بد أن تتوافر للعان شروطه حتى يصح إجراؤه بين الزوجين وهي :

١- أن تكون الزوجية قائمة حقيقة - ولو غير مدخول بها - أو حكما ، أي أن تكون في العدة من طلاق رجعي ، لقوله سبحانه : ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ فلا لعان إذا بين غير الزوجين أو إذا قذف امرأة أجنبية ، فإن حدث وقذفها ثم تزوجها وجب عليه حد القذف ولا يلاعن لأنه قد وجب في حال كونها أجنبية ، كذلك لا لعان بقذف زوجة صارت ميتة ، لأنه بالموت لم تبق زوجة ، ولأن اللعان لايتأتى منها ، كذلك لا لعان بقذف المرأة المبانة ، ويحد زوجها الأصلي مثل الأجنبي تماما . وهذا شرط اتفق عليه ماعدا البائن فعند الجمهور يصح اللعان منها .

٢- أن يكون عقد الزواج صحيحا - أن لا يكون فاسدا - عند الحنفية : فلا لعان بقذف النكوحة بترك فاسد ، لأنها أجنبية . ولكن بقية الأئمة خالفوهم في ذلك ، بمعنى أنهم أجازوا اللعان من امرأة عقد عليها فاسدا وذلك لثبوت النسب به ، كمن تزوج بدون ولي أو بدون شهود ، ثم قذفها ، لكن جواز اللعان في هذه الحالة يتقيد بوجود ولد بينهما يريد الزوج نفيه ، فإن لم يكن هناك ولد- حد الزوج ولا لعان بينهما .

٣- أن يسبق اللعان قذف الزوجة بزنا ^(١) . ولو في دبر - الحنفية - : مثل أن يقول : زنيته أو يازانية .

(١) غاية للتهى ٢/٣٠١ ، ٢٠٢ ، للذهب ٢/١١٩ ، كشف القناع ٥/٤٥٦ ٤٦٣

٤- أن تكذب الزوجة زوجها فيما قذفها من الزنا ، مع استمرار هذا التكذيب حتى انقضاء اللعان بمعنى إذا صدقته ولو مرة ، أو عفت الزوجة عن الحسد أو التميز ، أو سكنت ، بمعنى أنها لم تطالب به ، أو ثبت زناها بأربعة غيره ، فلا لعان ويلحقه النسب .

٥- أن يكون الزوج أهلاً للشهادة على المسلم ، بمعنى أن يكونا زوجين حريين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في قذف ، فلا يكون لعان بين كافرين ولا من أحدهما عبد أو صبي أو مجنون أو محدود في قذف أو كافر ، أو أخرس للشبهة .
ويصح بين الأعميين والفاسقين ، لأنهما أهل لأداء الشهادة ، لكن لا تقبل شهادتهما للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التمييز .

ومجمل القول أن الحنفية [قد اشترطوا أهلية الشهادة في الزوج ، لأن كلمات اللعان شهادات ، وكذلك اشترطوا أن تكون الزوجة ممن يحد قاذفها ، لأن اللعان بدل عن حد القذف في الأجنبية . ولكن الجمهور لم يشترطوا هذين الشرطين .

وقد اشترط المالكية : الإسلام في الزوج فقط لا في الزوجة ، بمعنى أن الذميمة تُلاعن لرفع العار عنها ، وقالوا يشترط في المتلاعنين كونهما بالغين عاقلين ، سواء أكانا حريين أم مملوكين ، عدلين أم فاسقين .

أما الشافعية والحنابلة : لم يشترطوا الإسلام في المتلاعنين ، وقالوا : يصح اللعان من كل زوج يصح طلاقه ، بأن يكون الزوجان مكلفين أي بالغين عاقلين . سواء أكانا مسلمين أم كافرين أم عدلين أم فاسقين أم محدودين في قذف أم كان أحدهما كذلك . وكذلك يصح اللعان من الحر والعبد والمفقه والسكران ومن الناطق والأخرس

والخرساء العلومي الإشارة عند الشافعية ، ومن المطلق طلاقاً بائناً لنفسي الولد ، وعند الحنابلة إذا لم يكن هناك ولد .

ولا يصح اللعان بالاتفاق من صبي ومجنون ، فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما ^(١) ، قاللعان تترتب عليه الفرقة ، لذلك لا يصح من غير مكلف كالطلاق أو اليمين .

ومجمل القول : أن الحنفية اشترطوا في المتلاعنين الإسلام والنطق والحرية والعدالة ، وأن يكون اللعان في حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً كالرجعية وليست البائنة ، وخالفهم الجمهور في هذا ، ولكن المالكية اشترطوا إسلام الزوج فقط ، واتفقوا على اشتراط التكليف : البلوغ والعقل . واللعان يصح من الأخرس عند غير الحنفية .

ما يترتب على اللعان :

يترتب على اللعان - إذا وقع أمام القاضي - بين الزوجين الآثار الآتية : ^(٢) .
١- يسقط حد القذف أو التعزير بالنسبة للزوج ، وكذلك سقوط حد الزنا عن الزوجة .

بمعنى إذا لم يلاعن الرجل وجب عليه عند غير الحنفية حد القذف حين تكون الزوجة الملاعنة محصنة ، والتعزير إن كانت غير محصنة ، وإذالم تلاعن المرأة وجب عليها عند الشافعية والمالكية حد الزنا ، أي جلد البكر ورجم المحصنة - المتزوجة - .

(١) الفقه الإسلامي وأصله ٥٦٣/٧ ، ٥٦٤ .

(٢) فتح القدير ٢٥٣/٣ وما بعدها ، بداية المجهد ١٢٠/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج ٣٧٦/٣ ، ٣٨٠ ، المغني ٤١٠/٧ - ٤١٦ .

٢- تحريم الوطء والاستمتاع بالنسبة لكل من الزوجين بعد حدوث التلاعن ،
ولو قبل تفريق القاضي لقوله : - صلى الله عليه وسلم - [المتلاعنان لا يجتمعان
أبداً] ^(١) .

٣- وجوب التفريق بينهما فقد قال الحنفية : بأن الفرقة لا تتم إلا بتفريق
القاضي ، لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية : (ففرق النبي - صلى الله عليه
وسلم - بينهما .

وهذا يوضح أن الفرقة لم تحصل قبله ، لذلك إذا مات أحدهما قبل التفريق
ورثه الآخر ، ولو طلقها الزوج وقع طلاقه .

وقال المالكية والحنابلة في الراجع من الرواتين عن أحمد : أن الفرقة تقع
باللعان دون حكم القاضي لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد حدث ، لذلك تقع الفرقة به
من غير حاجة إلى تفريق القاضي ولقول عمر- رضي الله عنه - [المتلاعنان يُفرق
بينهما ، ولا يجتمعان أبداً] .

وقال الشافعي : تحصل الفرقة حينما يتم لعان الزوج وحده ، بمعنى أنها
تحصل ولو لم تلعن المرأة ، لأنها فرقة حاصلة بالقول لذلك تحصل بقول الزوج وحده
كالطلاق .

٤- تعتبر هذه الفرقة طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنها بتفريق
القاضي ، وكل ما كان بتفريق القاضي يكون طلاقاً بائناً ، ولا يستطيع الزوج أن يعيد
الزوجة إلى عصمته التي لاعنها إلا إذا كذب نفسه ، أو صدقته زوجته في دعواه ،

(١) رواه الدارقطني عن ابن عيسى - نيل الأوطار ٢٧١/٦ .

أو خرج أحدهما عن أهلية الشهادة ، فإذا حدث هذا عادت الحياة الزوجية بين المتلاعنين .

وقال الجمهور ومعهم ابو يوسف : بأن فرقة اللعان فسخ كفرقة الرضاع ، وتوجب تحرهما مؤبدا فلا يعود المتلاعنان إلى الزوجية بعدها أبدا لقوله - صلى الله عليه وسلم - : [المتلاعنان لا يجتمعان أبداً] ثم إن اللعان قد وجب وهو سبب التفريق ، ولما وجد فيوجد المسبب وهو التفريق إلى الأبد .

٥- انتفاء نسب الولد عن الرجل ، والحاقه بأمه وذلك حينما يكون اللعان لنفي النسب ، ولم يسبق هذا النفي إقرار صريح أو ضمنى بنسب الولد إلى الزوج ، بمعنى إذا كان الزوج قد أقر بنسب الولد إليه أو سكت عن نفيه عند التهنئة بمولده فلا يصح نفيه له ، وينسب الولد إليه إذا توافرت شروط إثبات النسب .

وقد أشار إلى هذا مشروع قانون الإمارات في المواد الآتية : فقد نص في المادة -

١٩٥ -

[١- في جميع الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بغير ادعاء نتيجة لفراش مشروع في زواج صحيح أو لدخول في زواج فاسد أو لوطه بشبهة ، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد بشرط ألا يسبق منه اعتراف بهذا النسب صراحة أو ضمنا وعليه أن يتخذ إجراءات دعوى اللعان في ظرف أربعين يوما كاملة من وقت الولادة أو العلم بها .

٢- يجري اللعان بين الرجل والمرأة في الأحوال السابقة ولو كانت المرأة معتدة أو غير مسلمة أو غير عفيفة أو كان الرجل غير أهل للشهادة أو أخرس متى كان مكلفا .

٣- لا يعتد بنفي نسب الحمل ولا يترتب عليه لعان مادام حملا والاقرار
المثبت لنسبه يمنع اللعان [.

ونص في المادة - ١٩٦ - على الآتي :

[١- إذا جرى اللعان بين الرجل والمرأة فترقت المحكمة بينهما ونفت نسب
الولد عن أبيه وألحقته بأمه .

٢- ويترتب على الحكم بنفي نسب الولد عن أبيه خروجه من العصبة وسقوط
حقه في النفقة والإرث دون غيرهما .

٣- الفرقة باللعان فسخ [.

ونصت المادة - ١٩٧ - [في جميع الأحوال إذا أعترف الرجل بعد اللعان بما
يفيد كذبه في الاتهام ونفي النسب لزمه نسب الولد ولو بعد القضاء بنفيه ، وله أن
يتزوج الملاعنة في العدة وبعدها .

المبحث السادس في التفريق للعيب والتفريق للضرر

أولاً : التفريق للعيب :

تمهيد :

المقصود بالعيب هنا نقصان يلحق البدن أو العقل بالنسبة لأحد الزوجين مما يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو أنه لا سائر فيهما ، ولقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على التفريق بعيبين وهما : الجب والعنة ولكنهم اختلفوا بالنسبة لعيوب أخرى من حيث عددها .

ونذهب أهل الظاهر : إلى القول : بأنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيما كان نوع هذا العيب ، وسواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده ، لأنه لا يوجد دليل من كتاب أو سنة قد صح في هذا .

آراء الفقهاء في التفريق بالعيب :

١- الحنفية : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى القول : بأنها العيوب التي تمنع التنازل وهي ثلاثة - الجب والعنة والخصاء^(١) - لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فالزواج إذا لم يكن صالحاً للتنازل استحال تحقيق المقصود من العقد ، أما غيرها فهي لا تمنع .

(١) الجرب : مقطوع الذكر والخصيتين ، العين : صاحب الآلة للسرحاء ، الخصي : مقطوع الاثنين فقط .

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهي : الجنون والجذام والبرص
وخيار طلب التطلق بالنسبة لهذه العيوب عندهم - الحنفية - لا يثبت إلا للزوجة
فقط ، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي منحه الله إياه ، ولا
داعي أن يرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة .

٢- المالكية والشافعية : قالوا بأن هذا الحق - خيار طلب التطلق - يثبت
لكل من الزوجين بمعنى أن الزوج يجوز له طلب التفريق إذا وجد بزوجه عيبا يمنع
الاتصال الجنسي كالرتق والقرن ، كما يثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزوها عيبا .
والمالكية : عدوها ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل ، والبعض خاص
بالمرأة ، والبعض مشترك بينهما .

أما الشافعية : فقد عدوها سبعة وهي : الجب والعنة ، والجنون والجذام
والبرص ، والرتق والقرن . الأولان بالنسبة للرجل ، والأخيران في المرأة ، والثلاثة
الوسطى مشتركة بينهما .

٣- الحنابلة : قالوا بجواز فسخ النكاح بالعيوب التناسلية ، أو العيوب
المنفرة ، أو العيوب المستعصية كالسل والسيلان أو الزهري ونحو ذلك مما يعرف عن
طريق أهل الخبرة . وهي عندهم ثمانية :

ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي : الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختص
بهما الرجل وهما : الجب والعنة ، وثلاثة تختص المرأة بها وهي : الفتق والقرن
والعقل^(١) .

(١) القَرَن : شيء يبرز في موضع الاتصال من المرأة ، العقل : لحم يبرز في هذه الموضع ، الرتق : اتسداد
موضع الاتصال الجنسي سواء كان بهظم أو بغدة لحم : الفتق اختلاط بجرى البول والمني .

٤- وهناك من ذهب إلى جواز طلب التفريق - وهم الزهري وشريح القاضي وأبو ثور واختاره ابن القيم - بكل عيب منفرد بأحد الزوجين لا يحصل معه المقصود بالزواج من التناسل أو توافر الرحمة والمودة بينهما ، لأن العقد تم على أساس السلامة من العيوب ، فإذا انتفت هذه السلامة ، فقد ثبت الخيار .

متى يثبت هذا الحق ؟ :

ذهب المالكية والشافعية إلى القول : بثبوت هذا الحق لصاحبه على الفور بمجرد العلم به لهذا يسقط بسكوته عنه فترة من الزمن يستطيع فيها دفع الأمر إلى القاضي .

وذهب الحنفية والحنابلة : إلى القول : بثبوته على التراخي بمعنى أنه لا يسقط بمجرد السكوت بل لابد من الرضى به صراحة أو دلالة .

يشترط للتفريق بالعيب ما يأتي :

١- ألا يكون طالب التفريق عنده علم بالعيب وقت العقد ، فإن علم به أثناء العقد ، وعقد الزواج ، فلا يحق له طلب التفريق ، لأن تعاقدته مع العلم بالعيب رضا منه بهذا العيب .

٢- ألا يرضى بالعيب بعد العقد ، فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب ، ثم علم به بعد إتمام العقد ورضى به ، سقط حقه في طلب التفريق .

التفريق بالعيب : هل هو فسخ أو طلاق ؟

ذهب الحنفية والمالكية : إلى القول : بأنه طلاق بائن ، لأن مايقوم به القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ، وقد جعل بائنا لأن المقصود منه دفع الضرر عن

الزوجة ولا يحصل هذا إلا بالطلاق البائن .

ونذهب الشافعية والحنابلة : إلى القول : بأنه فسخ لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة ^(١) .

وقد نص مشروع الإمارات في المادة - ١٣٢ - على الآتي :

[١- للزوجة أن تطلب التفريق إذا وجدت زوجها عنيئاً أو معترضاً أو مجبواً ولم تكن عالمة بحاله وقت الزواج ولم ترض به ، ولا يسقط حقها بالتراضي .

٢- فإذا أقر أنه لم يصل إليها لكونه معترضاً أجلته المحكمة سنة قمرية من يوم الخصومة لا يحاسب منها مدة العذر المقبول ، فإن لم يصل إليها في الأجل وعادت تطلب التفريق أمرته المحكمة بطلاقها فإن أبى فرقتهما بينهما .

٣- وإذا انكر الدعوى وادعى الوصول إليها وهي ثيب حين تزوجها أو كانت بكراً أو ثبت أنها صارت ثيباً يصدق الزوج بيمينه فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن ثبت أنها بكراً أو نكل حكمت المحكمة بتأجيله السنة .

وإذا اختلفا بعد التأجيل ، وهي ثيب حين تزوجها أو كانت بكراً وثبت أنها صارت ثيباً ، يصدق الزوج بيمينه فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن ثبت أنها بكر أو نكل خيرتها المحكمة فإن اختارت الفرقة في المجلس حكم بالتفريق وإن اختارت زوجها حكم برفض الدعوى] .

وكذلك نصت المادة - ١٣٣ - منه على ما يأتي :

[للزوجة أن تطلب التفريق للاعتراض أو الجب الطارئين إذا لم يصل إليها

(١) الفقه الإسلامي وأصله ٥١٦/٧ - ٥٢١ وأحكام الأسرة في الإسلام ص ٥٨٧ - ٥٩٠ .

الزوج مدة سنة قمرية وإذا ثبت أن المدة أقل من سنة أجلت المحكمة الدعوى إلى مايكمل السنة] .

أما المادة - ١٣٤ - فقد نصت في فقرتها على الآتي :

[١- لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكان ذلك العيب قائما قبل العقد ولم يعلم به الطالب أم حدث بعد العقد ولم يرض به .

٢- فإن تم الزواج وهو عالم بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضى به صراحة أو دلالة بعد العلم ، فلا يجوز له أن يطلب التفريق] .

ويتضح من الفقرة الأولى أن المشروع أخذ برأي جمهور الفقهاء بأحقية كل من الزوجين طلب التفريق إذا وجد بالآخر عيبا بخلاف ما ذهب إليه الحنفية الذين جعلوا هذا من حق الزوجة فقط لأن الزوج : يملك الطلاق ، أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد أشارت إلى ما اشترطه الفقهاء للتفريق بالعيب .

أما المادة - ١٣٥ - فقد نصت على الآتي :

[التفريق للميوب طلاق بائن] وهذا ماذهب إليه الحنفية والمالكية - كما

سبق - والمادة - ١٣٦ - قد أوضحت الآتي :

[يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب التطلاق من أجلها] .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص على التطلاق للملل في مادته

: - ٩٩ - ١٠٠ - .

فقد جاء في المادة - ٩٩ -

[أ - لكل من الزوجين طلب التطلاق لعلّة في الآخر يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولا يرجى منها براء ، أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة ، عقلية كانت اللّلة أو عضوية ، أو صيب بها قبل العقد أو بعده .

ب - إذا كانت اللّلة يرجى منها براء قبل مضي سنة ، تعطي المحكمة للمعتل أجل سنة قبل التطلاق] .

وبهذا نجد أن مشروع دول مجلس التعاون قد أخذ بما أخذ به مشروع الإمارات الذي أخذ بدوره برأي جمهور الفقهاء في اعطاء حق طلب التفريق للعيب لكل من الزوجين .

وكذلك نرى مشروع دول مجلس التعاون قد ذكر في المادة - ١٠٠ - [يستعان بأهل الخبرة من الإخصائيين في معرفة اللّلة] .

وهذا ما جاء في مشروع الإمارات - كما سبق - ،

ثانياً : التفريق للضرر :

تمهيد :

العلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية لها أركانها أشارت إليها الآية الكريمة : ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾ ^(١) فإذا لم تتحقق هذه المعاني وألحق الزوج بزوجه ضرراً بالقول أو بالفعل ، كضربه إيها ضرباً مبرحاً وشتماً شتماً مقذعاً ، وإكراهها على فعل ما حرم الله سبحانه ، وهجرها لغير التأديب وما شابه ذلك .
فإذا حدث هذا فهل للزوجة أن تطلب التفريق أولاً .

أختلف الفقهاء في ذلك :

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ^(٢) : إلى القول : بعدم الجواز بمعنى أنه ليس من حق الزوجة أن تطلب التفريق ، لأن الحياة الزوجية لا تخلوا من هذا عادة ، وعليها أن تلجأ إلى القاضي لأجل زجره حتى يرجع عن الإصرار بها ، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكيمين ليقوما بالإصلاح بينهما وذلك لقوله سبحانه ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً ﴾ ^(٣) .

فقد قالوا : بأن هذه الآية قصرت عمل الحكيمين على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق ، إلا إذا وكلهما الزوج بذلك لأنه هو الأصل في

(١) الروم / ٢١ . (٢) الشافعي في أحد قوله ، وأحمد في إحدى الروايتين .

(٣) النساء / ٣٥ .

هذا ، وليس هناك من كتاب أو سنة أو أثر يثبت هذا الحق لغيره .

ونذهب المالكية والشافعية - في قول آخر - والحنابلة في الرواية الأخرى : إلى القول : بأن لها الحق في طلب التفريق ، والآية ليس فيها ما يمنع ذلك ، بل إن الذي يدقق النظر فيها يجدها قد جعلت لهما هذا الحق ، لأنه سبحانه سماهما حكيمين ، وإذا كانا حكيمين فهما بمعنى الحاكمين لذلك يثبت لهما حق الحكم ، والحكم هنا لا يكون إلا بالتفريق إذا تعذر الإصلاح . وقد روى عن ابن عباس أنه قال في الحكمين : [فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجعما فامرهما جائز] .

توضيح ما ذهب إليه المالكية :

المرأة من حقها أن تطلب من القاضي التفريق إذا أساء الزوج معاملتها ، فإذا استطاعت أن تثبت دعواها بشهادة رجلين ولو بسماعهما من الجيران ، أو أقر الزوج بهذا فرق القاضي بينهما .

وإذا لم تستطع إثبات دعواها رفضت ، فإن تكررت الشكوى أرسل القاضي حكيمين للإصلاح بينهما ، ويشترط فيهما أن يكونا هدلين رشيدين عالين بالطلوب منهما شرعا في هذه المهمة ، ويكونان من أهله ومن أهلها إن أمكن ، فإن لم يوجد من يصلح لذلك من أهليهما بعث حكيمين أجنيين ممن لهما صلة بالزوجين .

فإذا توصل الحكمان إلى الصلح بينهما قبلها ، وإذا كان غير ذلك والزوج هو المصء أو الأكثر إساءة فرق الحكمان بينهما بدون عوض ، وإن كانت الزوجة هي المسيئة أو الأكثر إساءة فيكون التخيير بين الإبقاء على العلاقة الزوجية وأمر الزوج بالصبر وحسن المعاملة وبين الخلع في نظير عوض ، وإن كانت الإساءة منهما على

السواء كان لهما أن يفرقا بدون عوض أو يخلعاها بعوض يسير ، ويقع بهذا التفريق طلاق بائن^(١) .

وقد نص مشروع قانون الإمارات في المادة - ١٢٢ - على الآتي :

[١- إذا ادعى أحد الزوجين أضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما قبل الدخول أو بعده ، يجوز له أن يطلب من المحكمة التفريق وتبذل المحكمة في جلسة سرية وسعها للإصلاح بينهما .

٢- فإذا تمذر الإصلاح عينت المحكمة حكمين للتوفيق أو التفريق ، وحلفت كلا منهما اليمين على أن يقوم بمهمته يعدل وأمانة] .

وواضح من المادة بأن طلب التفريق ممنوح لكل من الزوجين إذا ادعى أن ضرراً قد وقع عليه ، وأن للحكمين التوفيق أو التفريق وهذا ما ذهب إليه الرأي الثاني من الفقهاء .

ثم أوضحت المادة - ١٢٣ - من المشروع ما يشترط في الحكمين فجاء بها :
[يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما] .

ثم بيّنت المادة - ١٢٤ - من المشروع تنظيم عمل الحكمين من حيث البداية والنهاية والمهلة التي تمنح لهما .

في حين أن المادة - ١٢٥ - قد أوضحت ما يقوم به الحكمان من عمل ، فبيّنت أن على الحكمين التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين في فقرتها الأولى .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ٦٠١ - ٦٠٢ .

أما في فقرتها الثانية :

أ - فقد بينت أنه إذا كانت الإساءة من جانب الزوج . قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون المساس بشيء من حقوق الزوجية المرتبة على الزواج والطلاق ، وهذا في حالة أن تكون الزوجة هي طالبة التفريق أما إذا كان الزوج ترفض الدعوى .

ب - وإذا كانت الإساءة من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة .

ج - وإذا كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون بدل أو ببدل يقتاسب مع نسبة الإساءة .

د - وإن كان الحال مجهولا فلم يعرف المسمى، منهما فإن كان الزوج هو الطالب اقترح رفض دعواه ، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالبا التفريق قرر الحكمان تفريقا دون بدل .

وواضح مما ذهبت إليه هذه المادة أن المشروع قد أخذ برأي المالكية في هذا الشأن ثم بينت المادة - ١٢٦ - من المشروع الخطوات التالية التي يجب على الحكّمين أن يقوموا بها .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المواد من ١٠٢ إلى ١٠٨ على نفس هذه الأحكام تقريبا .

أما المادة - ١٠٩ - من المشروع فقد نصت على الآتي :

[إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول والخلوة ، وأودعت ما قبضته من مهر ، وما انفق الزوج من أجل الزواج ، وامتنع الزوج عن ذلك وعجز القاضي عن الإصلاح ، حكم بالتطليق] .

المبحث السابع " في العدة وإحكامها "

الحديث عن العدة يشمل النقاط الآتية :

- ١- تعريف العدة ، حكمها الشرعي ، حكمتها ، سبب وجوبها ، ركنها .
- ٢- أنواع العدة ، وعدة من امتد طهرها .
- ٣- تحول العدة من نوع الى آخر .
- ٤- أحكام العدة .

تعريف العدة :

العدة لغة : هي الإحصاء ، فهي مأخوذة من العَدَد لأنها تشتمل على عدد الأقراء أو الأشهر غالباً ، يقال : عددت الشيء عِدَّةً : بمعنى أحصيته إحصاء .
وإصطلاحاً : عند الحنفية ^(١) . مدة محددة شرعاً لانقضاء ما بقي من آثار الزواج .

وبناءً على تعريف الحنفية : فقد قالوا : بتداخل العدتين سواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين ولو من رجلين ، أما الجنس الواحد فمثاله : إذا تزوجت المطلقة في عدتها ، فوطئها الزوج ، ثم تفرقا حتى وجبت عليها عدة أخرى ، فهنا تتداخل العدتان .

وأما مثال الجنسين : فهي المتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة ، فالعدتان تتداخلان هنا أيضاً وتعد المرأة بثلاث حيضات من عدة الوطء .

(١) البائع ١٩٠/٣ ، فلياب ٨٠/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلة ٦٢٤/٧ .

وعند الجمهور^(١) : بأنها مدة تترىص فيها المرأة ، لمعرفة براءة رحمها ، أو لحزن على الزوج فهي نفس التريص ، لكنها لا تتداخل هنا بمعنى أن العدتين لا تتداخل من شخصين ، وتمضي المرأة في العدة الأولى حتى نهايتها ، ثم تبدأ بالعدة الأخرى ، أما العدتان من شخص واحد فإنهما تتداخلان ولو كانتا من جنسين فلا تكون هناك عدة بالنسبة للمزني بها فيما ذهب إليه الحنفية والشافعية ، وهذا بخلاف المالكية والحنابلة .

كذلك لعدة على المرأة قبل الدخول اتفاقاً لقوله سبحانه : ﴿ فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ .

وتجب على المرأة المدخول بها بالاتفاق أيضاً ، سواء أكان سبب الفرقة طلاقاً أم فسخاً أم وفاة ، وسواء أكان الدخول بعد عقد صحيح أم فاسداً أم فيه شبهة .
وتجب أيضاً عند الجمهور غير الشافعية إذا كان طلاق الرجل للمرأة بعد الخلو بها .

حكمها الشرعي : تجب العدة شرعاً على المرأة بالكتاب والسنة والاجماع .
أما الكتاب : فقولُه سبحانه : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء^(٢) ﴾ .

وهذا نص في عدة الطلاق ، وأما عدة الوفاة فقولُه سبحانه ﴿ والذين يتوفون ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً^(٣) ﴾ . وأما عدة الصغيرة

(١) القوانين الفقهية ص ٢٣٦ ، الشرح الصغير ٦٧٢/٢ ، مني المحتاج ٣٨٣/٣ ، كشاف القناع ٤٧٦/٥ . (٢) البقرة / ٢٢٨ . (٣) البقرة / ٢٣٤ .

والآيسة والحامل فقوله سبحانه : ﴿واللاني يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم ، فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللاني لم يحضن ، وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾^(١) .

وأما المنية : فقوله - صلى الله عليه وسلم - [لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ، تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً]^(٢) . وهناك أحاديث أخرى غير ذلك .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة ، في الجملة وإن اختلفوا في أنواع منها .

وقد نصت المادة - ١٦١ - من مشروع قانون الامارات على أن العدة إنما تجب على المرأة بواحد من الأسباب الآتية :

أ- الفرقة بين الزوجين بعد الدخول أو الخلوة ، ولو فاسدة لمانع شرعي في الزواج الصحيح ، وبعد الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد ، سواء أكانت الفرقة من طلاق رجعي أم بائن بينونة صغرى أو كبرى ، من الزوج أو من المحكمة ، أم كانت عن فسخ أو تفريق في الزواج الفاسد .

ب- ب وفاة الزوج ، أو باعتباره ميتا بحكم أو قرار في الزواج الصحيح ، ولو قبل الدخول والخلوة .

(١) الطلاق / ٤ .

(٢) رواه البخاري ومسلم عن أم سلمة - نيل الأوطار ٢٩٢/٦ . والإجماع : منع للحنطة نفسها من الزينة ، وكذلك منع الخطوبة .

جـ - بالوطء بشبهة [.

وقد نصت المادة - ١٦٢ - على أنه لا تجب العدة بالفرقة قبل الدخول والخلوة .

وأوضحت المادة - ١٦٣ - عن بداية العدة بالنسبة للزواج الصحيح ، أو الفاسد ، أو الوطء بشبهة إذا وقع الطلاق في فقراتها الثلاث .

. وأما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة -١٢٠- في الفقرة (أ) على أن العدة مدة تربص ، تقضيها الزوجة وجوباً دون زواج إثر الفرقة .

ونصت في الفقرة (ب) على أن العدة تبتدىء من يوم وقوع الفرقة ، وفي الفقرة (جـ) على أنها تبتدىء في حالة الوطء بشبهة من آخر وطء [.

حكماتها : وحكمة العدة أنها تكون للتعرف على براءة الرحم ، أو من أجل مراعاة حق الزوج المتوفي ، وذلك بمنع الزوجة من أن تتزين - كما سبق هذا في الحديث - وتكون كذلك لإعطاء الفرصة الكافية للزوج الذي طلق من أجل أن يعود لزوجته المطلقة .

ومعلوم أن العدة تكون لبراءة الرحم : في الطلاق البائن ، والتفريق لفساد الزواج أو الوطء بشبهة . منعا لاختلاط الأنساب .

وتكون في الطلاق الرجعي لأجل تمكين الرجل من العود الى مطلقته خلال العدة ، وذلك بعد أن تهدأ نفسه وتزول عاصفة الغضب عنده .

أما في حالة الوفاة : فإن المراد منها - أي العدة - تذكر نعمة الزواج ورعاية حق الزوج وأقاربه .

سبب وجوبها ^(١) : تجب العدة بأحد الأسباب الآتية :

١- تجب العدة بالفرقة بعد الدخول سواء أكان الزواج صحيحاً أم فاسداً ، أو بعد الخلوة الصحيحة عند الجمهور إلا الشافعية ، سواء أكانت الفرقة في حال الحياة بسبب طلاق أو فسخ ، أم بسبب الوفاة .

٢- وكذلك تجب العدة بالاتفاق بالتفريق للوطه بشبهة ، كالموطوءة في زواج فاسد ، لأن وطه الشبهة والزواج الفاسد كالوطه في الزواج الصحيح من حيث شغل الرحم ولحقوق النسب بالواطىء ، فكان مثله فيما تحصل به براءة الرحم ، حتى لا تختلط الأنساب والمياه . ومثال الوطه بشبهة : أن تزف امرأة إلى غير زوجها ، ويقال له : بأنها زوجته ، فيدخل بها بناء على ذلك ، ثم يتبين له أنها ليست بزوجته .

ولا فرق في وجوب العدة بأحد السببين السابقين بين أن تكون الفرقة بسبب الطلاق أو الفسخ ، فكل فرقة بين زوجين عدتها عدة الطلاق ، سواء كانت بخلع أم لعان أم فسخ بسبب أم إكسار .

ولا فرق أيضاً : بين أن يكون الوطه حلالاً ، أم حراماً مثل وطه حائض .

ولا عدة قبل الدخول وهذا بنص القرآن الكريم - كما سبق - .

٣- والعدة تجب أيضاً اتفاقاً بعد وفاة الزوج في العقد الصحيح ، ولو كانت الوفاة قبل الدخول أو الوطه أو كانت الزوجة صغيرة ، أو زوجة صبي ولورضيها ، لإطلاق الآيات الكريمات مثل قوله سبحانه ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً

(١) الدر المختار ٨٢٤/٢ وما بعدها ، الشرح الصغير ٦٧١/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٤/٣ ، ٣٩٥ ، المغني ٤٤٩/٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٢٨/٧ - ٦٣٠ .

يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً^(١) .

٤- وقد أوجب المالكية والحنابلة خلافا للحنفية والشافعية العدة على الزني بها مثل الموطوءة بشبهة ، حيث إنه وطه يؤدي شغل الرحم ، فوجب العدة منه كوطه الشبهة . ولم تجب عند غير هؤلاء ، لأن العدة لحفظ النسب ، والزاني لا يلحقه نسب بسبب الزنا .

ركن العدة : ذكر الحنفية أن ركن العدة هو التزام المرأة بحرمات ثابتة بسبب العدة يحرم عليها مخالفتها ، فمحرم عليها أن تتزوج بآخر ، وكذلك يحرم عليها الخروج من بيت الزوجية الذي طلقت فيه .

الرجل والعدة : من المعلوم أنه ليس على الرجل من عدة بالمعنى الاصطلاحي ، لذلك يجوز له بعد الفرقة مباشرة التزوج بأخرى ، إلا إذا وجد مانع شرعي ، مثل أن يتزوج بمن لا يحل له الجمع بينها وبين زوجته الأولى كالأخت والعمة والخالة .

وتزوج امرأة خامسة في أثناء عدة المرأة الرابعة التي فارقتها حتى تنقضي عدتها ، ونكاح المطلقة ثلاثا قبل التحليل ، وفي هذا معنى للعدة وليست عدة بالمعنى الاصطلاحي ، لأن الرجل لا يعتد .

أنواع العدة :

الاختلاف والتنوع بالنسبة للعدة يرجع إلى سبب التفريق وطبيعة المرأة في ذلك الوقت الذي تحدث فيه الفرقة ، وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

(١) سبق تحقيقها .

النوع الأول : عدة بالأقراء .

النوع الثاني : عدة بالأشهر .

النوع الثالث : عدة بوضع الحمل .

فإذا كانت الفرقة بسبب الطلاق أو الفسخ وكانت الزوجة من ذوات الحيض فعدتها تنتهي بثلاث حيضات كاملة لقوله سبحانه : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ .

والمراد من القراء الحيض كما هو مذهب الحنفية .

وإذا وقع التفريق في أثناء الحيض فلا تحتسب الحيضة التي وقع فيها الطلاق لأنها غير قابلة للتجزئة .

ومعناه : - أي القراء - الطهر عند غير الحنفية .

وتكون العدة - عند الحنفية - ثلاث حيضات كاملة ، وهو الذي سار عليه مشروع قانون الامارات في المادة -١٦٤- ومشروع دول مجلس التعاون في المادة -١٢٢- .
وان لم تكن من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة لم تحض أصلاً أو كبيرة بلغت سن اليأس وهو خمس وخمسون سنة على الأقل - وهو المفتي به في مذهب الحنفية - فعدتها ثلاثة أشهر لقوله سبحانه : ﴿ واللاني يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن ﴾ ^(١) .

وان كانت الفرقة بسبب الوفاة ولم تكن الزوجة حاملاً فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام. لقوله سبحانه ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ ^(٢) .

(٢) البقرة / ٢٣٤ .

(١) الطلاق / ٤ .

وأما إذا وقعت الفرقة بسبب طلاق أو فسخ أو وفاة وكانت الزوجة حاملا فعدتها في جميع الأحوال وضع الحمل لقوله سبحانه : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ .

والنص هنا عام يشمل جميع المعتدات بأي سبب من أسباب العدة .
ويكون ابتداء العدة في الزواج الصحيح من وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو غيره .
وإن كانت العدة بسبب الوطء بشبهة أو فساد في العقد فتأخذ الأحكام السابقة في الطلاق والوفاة والحمل ، غير أنها تبتدىء في العقد الفاسد من وقت المتاركة أو من وقت الموت ، وفي وطء بشبهة من آخر دخول بها .

وإذا كانت العدة بالأشهر وحدث التفريق في أول الشهر العربي فتعتبر الأشهر بالأهلة كما هو اتفاق الفقهاء . وإن كانت في أثناء الشهر فيرى الإمام أبوحنيفة أنها تقدر كلها بالأيام ، فلا تنقضي عدتها إلا بمضي تسعين يوما . وقال صاحبان يكمل الشهر الأول من الشهر الرابع ويعتبر الشهران المتوسطان بالأهلة لأن التقديم بنص القرآن الكريم بالأشهر فلا يلغي هذا الاعتبار إلا بالضرورة وهي تقدر بقدرها من الشهر الأول والأخير فقط ^(١) .

وقد نصت المادة - ١٦٤ - من مشروع قانون الامارات على انقضاء العدة في فقرات ثلاث :

الأولى : بالنسبة للمتوفي عنها زوجها ، والثانية : للحامل ، والثالثة :
لغير الحامل .

(١) البدائع ١٩٠/٣ ، الباب ٨٤/٣ .

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ١٢٢ - على هذا ونص في المادة - ١٢٣ - على أنه : [لاتزيد مدة العدة في جميع الأحوال على سنة] .

عدة من أمتد طهرها : ^(١)

إذا كانت الممتدة من ذوات الحيض ، ثم ارتفع حيضها ولم تدر سبب ذلك هل هو حمل أو رضاع أو مرض ؟ ثم أمتد طهرها ولم تصل بعد إلى سن اليأس ، فحكمها عند الحنفية والشافعية أنها تبقى أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن اليأس ثم تعد بثلاثة أشهر لأنها لما رأت الحيض صارت من ذوات الحيض ، فلا تعد بغيره ، ولما روى البيهقي عن عثمان أنه حكم بذلك في الرضع .

أما المالكية والحنابلة : فإنهم قالوا : تكون عدتها سنة بعد انقطاع الحيض لأي سبب من الأسباب : بمعنى أنها تنتظر تسعة أشهر من تاريخ الطلاق للتحقق من براءة الرحم - وهي مدة الحمل غالباً - ثم تعد بثلاثة أشهر ، فيكون مجموع عدتها سنة . ويستندون في هذا إلى ما روى عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال : في رجل طلق امرأته ، فحاضت حيضة أو حيضتين ، فارتفع حيضها ، لاتدري مارقته ؟ [أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان حمل فذاك وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر بثلاثة أشهر ، ثم حلت] ^(٢) . ولم يخالفه أحد من الصحابة في ذلك فكان إجماعاً .

(١) الدر المختار ٨٢٨/٢ ، الشرح الصغير ٦٧٥/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٥/٣ ، كشف القناع ٤٨٥/٥ .

(٢) رواه الشافعي بإسناد جيد من حديث سعيد بن المسيب عن عمر .

فإن انقطع الحيض بسبب الرضاع ، فعند المالكية تكون عدتها بانقضاء سنة بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان فإن رأت الحيض ولو في آخر يوم من السنة انتظرت الحيضة الثالثة وما ذهب إليه المالكية والحنابلة في عدة معتدة الطهر هو الجدير بأن نأخذ به ، حيث أنه ، الأيسر بالنسبة للناس ، وعدم تطويل العدة على المرأة .

وأما المستحاضة أو معتدة الدم : وهي المتحيرة التي أصبحت لاتعرف عاداتها ، فالفتي به عند الحنفية : أن عدتها تنقضي بسبعة أشهر ، بمعنى أن يقدر طهرها بشهرين ، فتكون أطهارها ستة أشهر ، وتقدر ثلاث حيضات بشهر احتياطاً .
وقيل : بأن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر .

وأما إذا استمر بها الدم ، وكانت عاداتها معلومة لديها ، فإنها ترد الى عاداتها .

وذهب الشافعية والحنابلة : إلى القول : بأن عدة المستحاضة الناسية لوقت الحيض وكذلك المبتدئة مثل الآيسة : وهي ثلاثة أشهر ، لأنه - صلى الله عليه وسلم - أمر حَمَنَةَ بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة ، فجعل لها حيضة من كل شهر ، بدليل أنها تترك فيها الصلاة ونحوها . أما إذا كانت لها عادة أو تمييز عملت به .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة - ١٦٤ - من مشروع قانون الامارات على ذلك في الفقرة (ج-) ونصها : [عدة من لم تبلغ الخمسين من العمر ولم تر الحيض ثلاث مرات عقب الطلاق تنقضي بخمسة وستين وثلاثمائة يوم ولو رأت الحيض مرة أو مرتين في أثناء هذه العدة] .

[أما من بلغت الخمسين فإنها تعد بثلاثة أشهر قمرية إن كان الحيض قد انقطع عنها ستة أشهر قمرية قبل الخمسين أو بعدها] .

ومشروع دول مجلس التعاون قد نص في الفقرة (٢) من المادة - ١٢٢ - منها على الآتي :

[عدة غير الحامل ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلاً ، أو بلغت سن الإياس وانقطع حيضها ، فإن رأت الحيض قبل انقضاءها استأنفت العدة بثلاث حيضات] .

انتقال العدة من نوع الى آخر ^(١) :

العدة قد تجب - كما سبق - بنوع من الأنواع السابقة ولكن قد يعرض لها ما يجعلها تتغير من نوع إلى نوع مثل إذا وجبت العدة بالحيض فطراً عليها ما يوجب الاعتداد بالأشهر ، أو إذا كانت العدة بالأشهر فطراً عليها ما يوجب الاعتداد بالحيض وفي كلتا الحالتين يجب التحويل والانتقال بالعدة إلى ما يصلح لها وفقاً لأصول التشريع الرحيم من التيسير وعدم الحرج .

فمن كانت عدتها بثلاثة أشهر لصغر السن وعدم رؤية الدم أو ظن الإياس ثم رأت الدم قبل نهاية الأشهر الثلاثة ولو بأيام قلائل فإنها تستأنف العدة من جديد وتعتمد بالحيض حيث أمكن هذا أما إذا حاضت بعد انقضاء العدة لايئزمها استئناف العدة بالأقراء ، لأن المقصود حصل بالبدل فلا يبطل حكمه كمن صلى بالتيمم ثم وجد الماء .

ومن كانت عدتها بالحيض فحاضت مرة أو مرتين ثم بلغت سن الإياس انتقلت عدتها من الحيض إلى الشهر .

(١) فتح القدير ٢٧٧/٣ ، ٢٧٩ ، الباب ٨١/٣ .

وإن طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً ثم مات وهي في العدة انتقلت عدتها من هذا الطلاق سواء أكانت بالحيفض أم بالأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام .

وإذا اعتبر الزوج فاراً من الميراث - بأن طلق زوجته وهو في مرض الموت - ثم مات قبل انقضاء العدة فلا تحتسب عدة الطلاق ، وإنما تعدد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق أو الوفاة فأيتهما كانت أطول فهي الواجبة عليها شرعاً .

[وقد نصت على ذلك المواد - ١٦٥ - ، - ١٦٦ - ، - ١٦٧ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :

نصت المادة - ١٦٥ - على أن المعتدة من طلاق بائن ، أو فسخ إذا توفى الرجل أثناء العدة تتم عدتها ولا تنتقل إلى عدة الوفاة ، مع مراعاة البند (ج) من الفقرة (٣) السابقة ، ونصه :

[المبانة بقصد الفرار من الإرث إذا توفى مطلقها قبل تمام عدتها ، تعدد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة] .

ونصت المادة - ١٦٦ - على أن الموطوءة بشبهة في عقد فاسد أو دون عقد لا تنتقل إلى عدة الوفاة إذا توفى الرجل أثناء العدة .

ثم نصت المادة - ١٦٧ - على أن من تزوج معتدته من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء العدة . ثم طلقها قبل دخول جديد تتم عدتها السابقة ولا تستأنف عدة جديدة .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد تحدث عن طروء عدة على عدة ، وذلك في السادتين - ١٢٤ - ، - ١٢٥ - والمشروعان قد تلاقيا في هذا الأمر .

أحكام العدة ^(١) :

للعدة أحكام أذكر منها مايلي :

١- الإقامة في بيت الزوجية : إذا كانت المعتدة من طلاق أو فسخ أو وفاة فيجب عليها أن تقيم في بيت الزوجية ولا تخرج منه حتى تنقضي عدتها وإن حدثت ووقعت الفرقة وهي في خارج المنزل وجب أن تعود إليه في الحال . وذلك لقوله سبحانه ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ، وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ، لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ، وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾ ^(٢) .

ففي هذه الآية الكريمة نهى صريح عن اخراج المعتدات ونهى للمعتدات عن الخروج من بيت الزوجية . وقد بين العلماء أن المقصود من الفاحشة هو الزنا ، فيخرجن لإقامة الحد عليهن ، أو النشوز بسلطة لسانها على أحمائها ، فيخرجن للتخلص من هذه الإساءة التي تصدر منهن .

وجمال التشريع يظهر من خلال بقاء المعتدة في منزل الزوجية التي وقعت فيه الفرقة من أن يتمكن الزوج عند ذلك من مراقبة أحوالها وصيانتها عن التطلع إلى الغير .

وفي فترة العدة هذه قد يستجد مايرغبه في مراجعتها والمود إلى حياتها الزوجية بما كانت عليه من هدوء واستقرار ، وإذا كانت العدة من وفاة فإن بقاءها في بيت الزوجية من قبيل المحافظة على ذكراه وهذا واجب الوفاء لعشرة سابقة .

(١) الباب ٨٥/٣ - ٨٩ ، نوح القنبر ٢٩٩/٣ ، الشرح الصغير ٦٧٩/٢ ، المهذب ١٤٦/٢ ، المغني

٤٨٠/٧ .

(٢) الطلاق / ١

ومما سبق يتضح أنه لايجوز شرعا أن تفارق المعتدة بيت الزوجية قبل انقضاء عدتها إلا للضرورة تبغ إقامة فيها كخشية سقوط - مثلا - للبيت الذي تقيم فيه .
فإذا انتقلت من بيت الزوجية دون عذر من الأعذار وبدون رضا الزوج اعتبرت ناشزا وتسقط نفقة عدتها ولا تعود إلا بعدتها إليه .

ولكن العرف السائد في هذه الأيام هو عدم بقاء الزوجة في منزل الزوجية بعد حدوث الطلاق من أجل هذا تسارع إلى الانتقال إلى بيت أهلها ، ويرون من العار أن تبقى لحظات بعد ذلك في منزل زوجها الذي هان عليه أن ينفذ يده من التمتع بأحضان لقائهما ، والأزواج لايعارضون ذلك بعد إقدامهم على حل هذه الرابطة .
واتباعا لهذا العرف الجاري لايعتبر الخروج من منزل الزوجية بعد حدوث الفرقة الآن نشوزاً يستوجب الحرمان من نفقة عدتها .

٢- تحريم خطبتها : فكما سبق لايجوز للأجنبي خطبة المعتدة صراحة ، سواء أكانت مطلقة أو متوفي عنها زوجها ، لأن المطلقة طلاقا رجعيا في حكم الزوجة ، لذلك لايجوز خطبتها ، ولبقاء بعض آثار الزواج في المطلقة ثلاثا أو يائسا أو متوفي عنها زوجها .

ولا يجوز أيضا التعريض بالخطبة في عدة الطلاق ، مع جواز هذا في عدة الوفاة لقوله سبحانه : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾ .

٣- تحريم الزواج : بمعنى أنه يحرم زواج الأجنبي منها إجماعا ، وهذا من باب أولى ، لقوله سبحانه : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب

أجله ﴿^(١)﴾ . أي لاتمتدوا عقد النكاح حتى تنتقضي العدة التي كتبها الله على المعتدة ، ولأن الزوجية باقية في الطلاق الرجعي ، وآثارها في الطلاق الثلاث والبائن . ولهذا لو تزوجت فالنكاح باطل ، لأنها ممنوعة من الزواج من أجل حق زوجها الأول .

٤- الإحداد : وهو ترك الطيب والزينة والحلي ولبس ثياب الحرير ، وهذا يكون في عدة المتوفى عنها زوجها ، إظهارا للأسف والحزن على مفارقة هذا الزوج الذي تمتعت بآثار نعمه ، وفاء لما كان بينهما من عشرة محمودة .

وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء لما روي عن أم حبيبة - رضي الله عنها - لما بلغها موت أبيها أبي سفيان انتظرت ثلاثة أيام ، ثم دعت بطيب وقالت مالي بالطيب حاجة غير أنني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : [لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً] ^(٢) .

وكذلك اتفقوا على ترك الحداد للمطلقة رجعيًا ، بل يستحبون لها أن تبادر بتجميل نفسها ما استطاعت لمل في هذه دعوة للزوج إلى الحنين إلى البيت السعيد .

وأما إن كانت العدة من طلاق بائن فيرى الحنفية وجوب الإحداد عليها إظهارا للأسف والحزن على فوات نعمة النكاح كما وجب عليها ذلك في حالة الوفاة .

وذهب المالكية والشافعية إلى القول بعدم الزامها الحداد في هذه الحالة لأنه وجب إظهارا للأسف والحزن على الزوج الذي حافظ على دوام العشرة بالمودة والرحمة

(١) البقرة / ٢٣٥ . (٢) صحيح البخاري ٧/ ٧٤٧ .

حتى فرق الله بينهما بالموت ، وهذا بخلاف الزوج الذي بت طلاقها ففي هذا آلام للمرأة ووحشة لها .

٥- النفقة : وهي الطعام والكسوة والسكنة وهي تجب بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعي ، أو بائن وكذلك إذا كانت نتيجة الفرقة بعد زواج صحيح ، أو كانت نتيجة تطليق القاضي عليه ، وسواء أكانت المرأة حامل أو غير حامل ، وهذا مذهب إليه الحنفية لقوله سبحانه : ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تَضَارَّهُمْ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِمْ ﴾ ^(١) .

ويتضح من هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى قد أمر الأزواج بإسكان الزوجات المعتدات على حسب طاقتهم ، ونهاهم عن الإضرار بهن .

وعند تقدير النفقة للمعتدة يجب أن يراعى عند تقديرها ما وجب مراعاته في نفقة الزوجة ، وتعتبر هذه النفقة ديناً من تاريخ الطلاق أو الفسخ بمعنى أنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

وقد نصت المادة - ١٦٨ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :
[تجب النفقة للمعتدة من طلاق أوفسخ ولو كان بسبب من جهتها ، إلا في حالة بقائها على الشرك مع إسلام الزوج ، وذلك بدون إخلال بأحكام الخلع والتطليق .]

(١) الطلاق / ٦ .

ونصت المادة - ١٦٩- على ما يأتي :

[١- تقدر نفقة المعتدة بحسب حال الرجل يسرا وعسرا ، وتعتبر ديناً في ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

٢- ولا تستحق نفقة عدة أكثر من سنة .

٣- ولا تسمع الدعوى بنفقة عدة عن مدة ماضية تزيد على ستة أشهر نهايتها رفع الدعوى .

القسم الثالث **" في حقوق الأولاد والاقارب "**

ويشتمل على خمسة مباحث :

- المبحث الأول : في النسب .
- المبحث الثاني : في الرضاع .
- المبحث الثالث : في الحضانة .
- المبحث الرابع : في الولاية .
- المبحث الخامس : في نفقة الأولاد والاقارب

تمهيد :-

لاشك أن من أهم أغراض الزواج النسل ، لأن الإنسان بفطرته السليمة يميل إلى الولد ، ويجب أن يكون له من الأولاد مايتبادل معهم العطف والمحبة ، وفي نفس الوقت يعتز بهم ويستعين بهم على نواثب الزمان .

كما أن من أهداف مجيء الأولاد ، أن يكونوا أعضاء صالحين في المجتمع ولن يكون ذلك إلا من خلال أسرة ، ولا تتحقق الأسرة إلا برباط قوي تربط بين أفرادها ليعيشوا متحابين متعاطفين .

هذا الرباط جعله الشارع النسب ، وهو الحق الأول للولد يدفع من خلاله الذل والضياع عن شخصه وذاته ، وهو حق لوالديه حتى لاينسب إلى غيرها .

ثم يأتي بعده حق الرضاع الذي يحفظ هذا الوليد في مستهل حياته ، لأنه الوسيلة الوحيدة لتغذيته ، وهو في هذه الفترة الزمنية وما بعدها في حاجة إلى من يرعى شؤنه لهذا كان حق الحضانة والولاية ولأنه ينشأ ضعيفا عاجزا عن التكسب فهو في حاجة إلى من يتفق عليه ، وكانت النفقة على الوالدين كذلك إذا كان لنفس السبب - وهو العجز - وعلى من يحل محلها من الأقارب .

المبحث الأول " في النسب "

ويشتمل على الآتي :-

١- مدة الحمل .

٢- أسباب ثبوت النسب .

٣- طرق إثبات النسب .

تمهيد :-

لقد اعتنى الشارع الحكيم بالنسب من حيث تنظيمه وإرساء قواعده من أجل الحفاظ عليه من الفساد والاضطراب ، وقد جعله من النعم التي امتن بها على عباده ، ويقول سبحانه ﴿ وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا ﴾ ^(١) ولقد جعل العلي القدير له سببا واضحا كريما يتلقى وكرامة الإنسان ، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج وما ألحق به من ملك اليمين ، ولم يتركه - النسب - لرغبات الناس وأهوائهم - وما أكثر ما تنحرف هذه الرغبات والأهواء فنرى الشخص يهيه لمن يحب ، ويمنعه ممن لا يحب ، لهذا أبطل طرقه غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني ومن إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة ، يقول سبحانه : ﴿ وما جعل أديانكم أبنائكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ﴾ ^(٢) .

(١) الفرقان / ٥٤ .

(٢) الأحزاب / ٤ .

ويقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - [الولد للفراش وللعاهر الحجر]^(١) .
ولقد شدد - صلوات الله وسلامه عليه - النكير على الآباء الذين يجحدون
نسب أولادهم فيقول - صلى الله عليه وسلم - فيما رواه أبوهريّة [أيما رجل جحد
ولده وهو ينظر إليه إحتجب الله منه يوم القيامة وفضح على رؤوس الأولين
والآخرين]^(٢) لأن هذا الإنكار يعرض الولد وأمه للذل والعار ونراه كذلك قد توعد
الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم بقوله : [من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه
غير أبيه فالجنة حرام عليه]^(٣) لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم .
وكذلك حذر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من ليس منهن ، فيقول :
[أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها
جنته]^(٤) .

ومعروف أن الولد إنما يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش ، وهو لا يثبت إلا بعد
إمكان الوطء في الزواج الصحيح أو الفاسد يأتي بعد هذا ثبوت النسب الذي يكون حال
قيام العلاقة الزوجية أو بعد افتراقهما بطلاق أو فسخ أو موت الرجل ، وهذا لن يكون
إلا إذا تمت الولادة في فترة معينة ، وهذا ماذهب إليه الجمهور ، وزوي عن أبي
حنيفة أنه - أي لحوق الولد بأبيه - يثبت بمجرد العقد ، لأن مجرد المظنة كافية .
ورد بمنع حصولها بمجرد العقد ، بل لابد من إمكان الوطء^(٥) .

(١) نيل الأوطار / ٢٧٩/٦ .

(٢) ابر طود وفنساني سبل السلام ١٩٢/٣ ، ومعنى : وهو ينظر إليه - أي يعلم أنه ولده .

(٣) رواه أحمد والبيهقي ومسلم عن سعد بن أبي وقاص .

(٤) سبل السلام ١٩٣/٣ .

(٥) البائع ٢١٢/٣ ، نيل الأوطار ٢٧٩ / ٦ .

لهذا سوف أبدأ الحديث بعون الله ومده - أولاً عن :

أ- مدة الحمل

ب- اختلاف الزوجين في الولادة والمولود

ج- إثبات نسب الولد بالقيافة .

أ- مدة الحمل :

أقل مدة الحمل ^(١) : اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء في رأي الجمهور ، ومن وقت عقد الزواج عند أبي حنيفة . لأن المرأة فراش الزوج ويلحقه الولد وذلك للحديث المتقدم [الولد للفراش] وهو دليل الجمهور : على أن المرأة ليست بفراش إلا بإمكان الوطء ، وهو مع الدخول .
ولقد استدلل الفقهاء على أقل مدة الحمل : بآيتين كريمتين هما قوله سبحانه : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ ^(٢) .

وقوله سبحانه : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين ﴾ ^(٣) .

فالذي يتضح من الآية الأولى أنها حددت الحمل والفصال ، أي الفطام بثلاثين شهراً ، وقد حددت الآية الثانية الفصال بعامين ، وبإسقاط مدة العامين

(١) بداية المجتهد ٣٥٢/٢ ، بدائع الصنائع ٢١١/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبه الزحيلي ٦٧٦/٧ ، أحكام الأسرة في الإسلام أ. د / محمد مصطفى شلي ص ٦٩٧ .

(٢) الاحقاف / ١٥ .

(٣) لقمان / ١٤ .

للفصال تكون مدة الحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير سبحانه ولقد عاش الناس هذا الواقع - بعد بيان القرآن الكريم - وشهد الطب بهذا ومما يؤيد ذلك الاستنتاج ما روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر من تاريخ الزواج ، فرفع أمرها إلى عثمان - رضي الله عنه - فهم برجمها ، فقال له ابن عباس - رضي الله عنهما - [أما إنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم] - أي غلبتكم - فقال تعالى : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ وقال : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ فإذا ذهب للفصل عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان الحد عنها ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك .

ولما أكثر مدة الحمل ^(١) : فقد اختلف الفقهاء فيه :

وقد نشأ هذا الاختلاف بسبب عدم ورود نص يحدد هذه المدة في كتاب الله أو سنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وإنما كان التحديد على ما جرت به العادة في ولادة النساء كما يرى البعض ، أو لأن أثراً روي عن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - كما يرى فريق آخر ، أو على إخبار بعض النسوة في وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء .

ومعلوم أن الأثر المروي عن عائشة - رضي الله عنها - لو صح عند الفقهاء لقالوا بمقتضاه لأنه في التقديرات التي لاتعلم إلا بإخبار من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهذه الأقوال هي :

(١) اهتم الفقهاء ببيان أقصى مدة الحمل ليس من أجل إثبات النسب حين قيام الزوجية حقيقة لأنه ثابت على كل حال بعد مضي ستة أشهر وإنما كان هذا لإثباته بعد الفقرة أو حالة غيبة الزوج ، أحكام الأسرة في الإسلام . أ . د / عماد مصطفى شلبي ص ٦٩٨ ، الكتاب مع اللباب ٨٧/٣ ، فتح القدير ٣١٠/٣ ، مغني المحتاج ٣/٣٩٠ ، بداية المجتهد ٢/٣٥٢ ، المغني ٧/٤٧٧ ، المحلى ١٠/٣٨٥ .

١- ذهب الحنفية إلى القول : بأن أكثر مدة الحمل سنتان ، لقول عائشة - رضي الله عنها [لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ، ولو بفلكة مغزل]^(١) بمعنى أن الحمل إذا ولد لسنتين من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ثبت نسبه من أبيه المطلق أو الميت .

٢- وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول : بأن أكثر مدة الحمل أربع سنوات ، لأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد الحمل لأربع سنين ، لأن نساء بني عجلان يحملن أربع سنين .

فإذا ولدت المرأة لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ، ولا وطئت ، ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل ، فإن الولد لاحق بالزوج ، وعدتها منقضية بوضعه .

٣- ذهب المالكية إلى القول : وهو المشهور عندهم - بأن أكثر مدة الحمل خمس سنين وقال الإمام مالك : بلغني عن امرأة حملت سبع سنين . وقال محمد ابن الحكم من المالكية : بأنها سنة قمرية .

٤- وذهب ابن حزم الظاهري ، وعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى القول : بأن أكثره تسعة أشهر قمرية .

ولكن بعد هذا التقدم العلمي ورأي الأطباء فقد اعتبرت القوانين المعمول بها مدة الحمل - أقصاها - سنة شمسية - ٣٦٥ يوما ليشمل كل الحالات النادرة من هذا مشروع قانون الإمارات فقد نص في المادة - ١٧٢ - [أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما ، وأكثرها ثلاثمائة وخمسة وستون يوما] .

(١) رواه اندر قطي والبيهقي في سننهما .

ويتفق مشروع دول مجلس التعاون مع مشروع الامارات ، ولهذا كان نص المادة -٧٤- من هذا المشروع [أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة] .

اختلاف الزوجين في الولادة والمولود :-

قد يقع اختلاف بين الزوجين في الولادة أو في تعيين المولود أثناء المدة التي يثبت فيها النسب^(١) .

إذا ادعت المرأة أنها ولدت هذا المولود فلما أن يصدق الرجل دعواها وإما أن ينكرها فإن صدقها ثبت النسب إذا توافرت شروط ثبوته ، ولكنه إذا لم يصدقها بأن أنكر دعواها قائلاً : إنها لم تلد ، وهذا الولد لقيط . ففي هذا الانكار تختلف طرق الإثبات باختلاف حالات المرأة عند إدعائها ، لأنها قد تكون زوجة أو مطلقة رجعيًا أو باننا أو معتدة من وفاة ، وكذلك من حيث ظهور الحمل أو لا ، أو اعتراف الزوج به أو لا . بمعنى أن الدعوى قد تثبت بقول المرأة ، وقد تثبت بشهادة امرأة مقبولة الشهادة ، وهذه المرأة إما أن تكون القابلة أو غيرها ، وقد تحتاج إلى بيئة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين من المدول . وهذا ماذهب إليه أبو حنيفة : وتوضيح هذا فيما يأتي :

١- إذا كانت المرأة المدعية زوجة وكان الحمل ظاهراً أو اعترف الزوج بوجوده أو كان هذا الاعتراف لورثته بعد وفاته ، فالمرأة هنا لا تحتاج إلى إثبات للاكتفاء بقول المرأة نفسها ، لأن الحمل المفضي إلى الولادة ثابت بظهور أمارته أو الاعتراف به فيثبت ما يفضي إليه وهو الولادة بمجرد أن تخبر المرأة بهذا .

وإذا كان الحمل غير ظاهر ولم يتم الاعتراف به ففي هذه الحالة لا يكفي قول

(١) فتح القدير ٣/٣٠٦ - ٣٠٩ ، الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبه الزحيلي ٦/٦٧٨ ، أحكام الأسرة في الإسلام ١ د/ محمد شلي ص ٧٠٠ .

المرأة ، بل لابد من بيئة للإثبات وتكفي شهادة المرأة الواحدة بشرط أن تكون من أهل العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمد : بأن الولادة لا تثبت في جميع الحالات إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة سواء أكان الحمل ظاهراً أم لا اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أم لا ، لأن الرجل هنا أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى إثبات ، وشهادة المرأة المقبولة كافية ، لأن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال ، وقد ثبت أنه - صلى الله عليه وسلم - " أجاز شهادة القابلة " .

ومعلوم أن الأطباء في زمننا هذا يقومون بعملية الولادة فيكفي شهادة الطبيب الذي باشر هذه الولادة أو أي رجل آخر شاهد الولادة .

٢- وإن كانت معتدة من طلاق رجعي :

فإن كانت الدوة بأنها حصلت - الولادة - بعد مضي سنتين أو أكثر من وقت الطلاق ولم تكن قد أقرت بانقضاء العدة هنا يكون الحكم مثل الحكم في حال قيام الزوجية ، لأن عدم الإقرار منها بانتهاء العدة ثم مجيء الولد بعد سنتين هذا يدل على الاتصال الذي حدث بينها وبين زوجها وهي مازالت في العدة . والحنفية يجيزون ذلك .

أما إذا كانت دعو الولادة قبل مضي سنتين ففيها رأيان :

رأي يجعلها مثل الزوجة ، والرأي الآخر يجعلها كالمعتدة من طلاق بائن - والمعتدة من طلاق بائن وكذلك المعتدة من وفاة لابد من شهادة كاملة - وهو الأرجح لأن ادعاءها الوضع قبل مضي سنتين اعتراف منها بانقضاء عدتها فتكون كالمبتوتة ، وكانت الحاجة هنا إلى الشهادة الكاملة ، لأن الشهادة وإن كانت لا تثبات الولادة إلا

أنها سترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق أو المتوفى ، وثبوت النسب لا بد فيه من حجة كاملة لأن المرأة بعد الولادة تكون مقررة بانقضاء عدتها ، وبانقضائها تصير أجنبية ، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بيينة كاملة .

وأما الاختلاف بين الزوجين في تعيين المولود : فهو أن يعترف الزوج بالولادة ، ولكنه اختلف معها في نوع المولود ، فيقول الزوج : إنها ولدت أنثى ، وهي تدعي أنها ولدت ذكرا ، فيتعين المولود بشهادة امرأة واحدة وهذا باتفاق عند الحنفية وهو رأي للحنابلة أيضا . وهذا للحديث السابق الذي أجاز فيه النبي - صلى الله عليه وسلم - شهادة القابلة ، ولما رواه ابن أبي شيبه عن الزهري قال : [مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوهن] ^(١) .

وقال المالكية : تعيين المولود كالولادة لا تثبت إلا بشهادة امرأتين .

أما الشافعية : فقد قالوا بأن أمور النساء لا يكفي فيها أقل من أربع نسوة ، لأن الله عزوجل جعل مكان الرجل الواحد شهادة امرأتين .

إثبات نسب الولد بالقيافة :-

المعتدة ممنوعة من الزواج بآخر طالما كانت في عدتها ، ولكن إذا تزوجت بهذا الآخر وهي في هذه العدة ، ثم أتت بولد من الجائر أن يكون منهما ، فمن الذي يلحق به ؟

(١) نصب الرابة ٢٦٤/٣ .

وإذا ادعي رجلان أو ثلاثة لقيطا ، فمن الذي يحكم له به ؟ هل يمكن إثبات نسب الولد في هاتين الحالتين بالقيافة ^(١) أو بالقافة ؟

وأبيان للفقهاء في الاعتماد على القافة ^(٢) :

ذهب الحنفية إلى القول : بأن الأصل ألا يحكم لأحد المتنازعين في الولد . إلا إذا كان هناك فراش ^(٣) . لقوله - صلى الله عليه وسلم - [الولد للفراش] .

وذهب الجمهور - مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور ... إلى القول بأنه يحكم بالقيافة بدليل قول عائشة - رضي الله عنها - : إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دخل عليّ مسرورا ، تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مُجَزَّزاً ^(٤) نظر الى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض [^(٥)] . ففي هذا دليل على العمل بالقافة ^(٦) .

ثانياً : أسباب ثبوت النسب من الأب :

الولد يثبت نسبه من أمه عن طريق الولادة ، شرعية كانت أم غير شرعية ، أما أسباب ثبوت النسب من الأب فهي :

١- الزواج الصحيح .

٢- الزواج الفاسد .

-
- (١) القیافة : تتبع الأثر ، والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بغصول تشابه الناس .
 - (٢) نيل الأوطار ٢٨٢/٦ وما بعدها ، المغني ٤٨٣/٧ ، بداية المجتهد ٣٥٢/٢ .
 - (٣) الفرائد : زوجة الرجل / القاموس .
 - (٤) مُجَزَّزٌ : هو الرجل القائف وسمي بهذا لأنه جز نواصي قوم .
 - (٥) رواء الجماعة نيل الأوطار ٢٨٢/٦ . (٦) الفقه الإسلامي وأدلة ٦٨٠/٧ .

٣- الوطء بشبهة .

وسوف أتحدث عن كل سبب على حدة - بمشيئة الله تعالى - فيما يأتي :

١- الزواج الصحيح :-

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تلده المرأة المتزوجة زواجا صحيحا فإنه ينسب إلى زوجها ، للحديث المتقدم : [الولد للفراش] والمراد بالفراش المرأة التي يستفرشها الرجل ويستمتع بها . وذلك إذا تحققت الشروط الآتية ^(١) .

الشرط الأول : أن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل ، بأن يكون بالغاً عند المالكية والشافعية ، ومثل ذلك عند الحنفية والحنابلة المراهق ؛ وهو عند الحنفية من بلغ الثنتى عشرة سنة ، وعند الحنابلة : من بلغ عشر سنوات ، لهذا لا يثبت النسب من الصغير غير البالغ ، حتى ولو ولدته أمه لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج .

الشرط الثاني : أن تلد الزوجة لسته أشهر على الأقل من وقت الزواج عند الحنفية ، ومن إمكان الوطء عند الجمهور ، فإن ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر ، لا يثبت نسبه من الزوج اتفاقاً ، ودل هذا على أن الحمل به قد حدث قبل الزواج ، إلا إذا ادعاه الزوج ، ويحمل هذا الادعاء على أن حمل المرأة به قد حدث قبل العقد عليها ، إما بناء على عقد آخر ، وإما بناء على عقد فاسد أو وطء بشبهة ، مراعاة لمصلحة الولد ، وستراً للأعراض بقدر الإمكان .

(١) فتح القدير ٣/٣٠١ ، والدر المختار ٢/٨٥٧ ومابعدهما ، للمصنف ٧/٢٨٤ ومابعدهما ، الفقه الإسلامي وأصله ٧/٦٨٢ ، ٦٨٣ ، أحكام الأسرة في الإسلام ١ د / محمد مصطفى شليبي ص ٧٠٤ - ٧٠٧ .

الشرط الثالث : إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد ، وهذا شرط متفق عليه وإنما الخلاف في المراد به أيكون الإمكان والتصور العقلي ، أو الإمكان الفعلي والعادي ؟ .

ذهب الحنفية إلى القول : بأن التصور والإمكان العقلي شرط ، بمعنى أنه متى أمكن التقاء الزوجين عقلا ثبت نسب الولد من الزوج إذا ولدته هذه الزوجة لستة أشهر من تاريخ العقد ، حتى ولو لم يثبت التلاقي حسا فلو تزوج مشرقى مغربية ، ولم يحدث بينهما لقاء في الظاهر مدة سنة ، ثم ولدت ولدا لستة أشهر من تاريخ الزواج ، ثبت النسب لاحتمال تلاقيهما من باب الكرامة ، والكرامة ثابتة للأولياء ، فتكون الكرامة بقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة ، ويكون الزوج من أهل الخطوة الذين تطوي لهم المسافات البعيدة ، وفي الحقيقة فإن هذا كلام لاشك أنه سوف يكون موضع غرابة في هذا الزمان الذي نعيش فيه . ولهذا أستطيع أن أعلل رأي الأحناف في هذا الموضوع وهو إثبات النسب من تاريخ العقد ، عملا بحديث [الولد للفراس] مع عدم تحقق إمكان الوطء أو الدخول ، وذلك من أجل الاحتياط للولد وعدم ضياعه وستر على المرء ، فمن أجل هذا ألحق الولد بمن له زوجية صحيحة ، فإن تيقن الزوج أن الولد ليس منه فله أن ينفيه باللعان .

وذهب الأئمة الثلاثة ، إلى القول : باشتراط إمكان [التلاقي بالفعل أو الحس أو العادة وإمكان الوطء والدخول ، لأن الإمكان العقلي نادر ولا يصح أن يكون له دور في نطاق العقود الظاهرة والأحكام إنما تنبني على الكثير الغالب والظاهر المشاهد ، لا القليل النادر أو الخفي غير المحتمل عادة بمعنى لو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلا ، لم يثبت نسب الولد من الزوج ، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في

بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل] ، لهذا أخذت القوانين بهذا الرأي ومن هذه القوانين مانص عليه مشروع قانون الامارات [في المادة -١٧٣- وذلك في الفقرة الأولى ونصها :

[يثبت نسب الولد في الزواج الصحيح من الزوج بالشرطين الآتيين :

أ- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

ب- ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي استمر من وقت العقد إلى الولادة ، أو حدث بعده واستمر خمسة وستين وثلاثمائة يوم فأكثر .

وفي حال زوال المانع تحسب أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال .

٢- ولا تعتبر الموانع الشرعية مانعا حسيا في هذا الصدد .

٣- وإذا انتفى أحد الشرطين السابقين لا يثبت النسب إلا إذا أقر الزوج به | .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ٧٣ - على الآتي : [أ - الولد للفراش إذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل ، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين] .

ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح :

الفرقة إما أن تكون قبل الدخول أو بعد الدخول :

أ - إذا حدث الطلاق قبل الدخول والخلوة ، ثم ولدت ولدا بعد الطلاق ، [فإن اتت به قبل مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق ، ثبت نسبه من الزوج ، للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة .

وان أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق ، فلا يثبت نسبه من الزوج ، لأنه لا يتيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفقرة .

ب- وإذا حدث الطلاق بعد الدخول أو الخلوة ، سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا أم مات عنها [.

فإذا جاءت المرأة بولد بعد الطلاق أو الوفاة ، ثبت نسبه من الزوج ، إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة وأقصى مدة تحمل هي - كما سبق - سنتان عند الحنفية ، وخمس سنوات في الجمهور عند المالكية ، وأربع سنوات عند الشافعية والحنابلة .

أما إذا ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفي . وهذا ماذهب إليه الجمهور .

ذهب الحنفية إلى التفريق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، فقالوا :

[أ- إن كان الطلاق رجعيا ، ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها ، ثبت نسب الولد من الزوج ، سواء أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو بعد مضي سنتين أو أكثر ، لأن الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها ، فيجوز له الاستمتاع بها ويكون ذلك رجعة [.

فإن أقرت بانقضاء العدة ، والمدة تحتمل انقضاءها ، بأن كانت سنتين يوما عند أبي حنيفة ، وتسعة وثلاثين يوما عند الصحابين ، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها . فإن كانت ستة أشهر فأكثر ، فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه .

ب- وإن كان الطلاق بائناً أو كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج ، ولم تقر بانقضاء المدة ، فلا يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، لأن أقصى مدة الحمل عندهم سنتان . فإن أتت به في هذه المدة ، وكان هناك احتمال بأنها حملت به من الزوج قبل الطلاق أو الوفاة ، فيثبت نسبه منه . وأما إن أتت به بعد مضي هذه المدة ، لم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق أو الوفاة .

أما إن أقرت بانقضاء المدة ، والمدة تحتل انتهاء المدة فيها ، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا جاءت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار ، وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين^(١) .

ولقد نص مشروع قانون الامارات في المادة - ١٧٤ - على الآتي :

١- ((للمعتدة من وفاة أن تعلن عن حملها خلال أربعة أشهر قمرية وعشرة أيام من تاريخ الوفاة ، وذلك بإخطار تقدمه إلى النيابة العامة المختصة ، وعلى النيابة في هذه الحالة أن تحيلها إلى لجنة طبية حكومية للتحقق من وجود الحمل . وتقدير عمره التقريبي إن وجد ، ثم تحيل النيابة العامة الأوراق بعد ذلك مشفوعة برأيها إلى المحكمة المختصة لتحكم بثبوت الحمل من عدمه ، بعد سماع أقوال ذوي الشأن ، فإذا حكمت المحكمة بثبوت الحمل عينت عليه وصيا ، وفي هذه الحالة يثبت نسب الولد من أبيه أيها كانت المدة التي ولد بعدها .

٢- للمعتدة من طلاق رجعي أو بينونة ، أن تعلن عن حملها بالطريقة

(١) الفقه الإسلامي وأصله ٦٨٤/٧ - ٦٨٦ .

المشار إليها في الفقرة السابقة ، وذلك خلال مدة العدة المقررة لمثيلتها ، وفي هذه الحالة تتخذ بشأنها الإجراءات سالفه الذكر ، فإن ثبت وجود الحمل على الوجه المتقدم ، ولم تكن قد تزوجت ، أو وطئت بشبهة ، ثبت نسب الولد أيا كانت المدة التي ولد بعدها)) .

أما المادة - ١٧٥ - فقد نصت على أنه [في جميع الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة إذا لم تعلن المعتدة عن حملها على الوجه المتقدم ، ثبت نسب الولد إذا ولد خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من تاريخ الفرقة .

وفي الحوادث التي وقعت قبل العمل بهذا القانون يطبق أنسب الآراء من مذهب الإمام مالك بحسب الأحوال] .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ٧٣ - فقرة (أ) ((على أن الولد للفراش إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل ، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين)) .

أما الفقرة (ب) يثبت نسب المولود في العقد الفاسد إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء ومثله الوطء بشبهة)) .

ونصت المادة - ٧٤ - ((على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة)) . وبهذا يتضح أن المعنى واحد في المشروعين .

٢- الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر شرعي من آثار الزواج الصحيح قبل الدخول أما بعد الدخول فيترتب عليه آثارا أربعة - كما سبق - ومن هذه الآثار ثبوت

النسب ، لأن النسب يحتاط في إثباته من أجل الولد والحفاظ عليه ، ويشترط لثبوت هذا النسب ثلاثة شروط :

١- أن يكون الرجل معن يتصور منه الحمل : بأن يكون بالغاً أو مراهقاً عند الحنفية والحنابلة ، أو بالغاً عند المالكية والشافعية .

٢- تحقق الدخول عند الحنفية فقط ، بمعنى أن الخلوة لا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد ، أما عند المالكية فيثبت النسب بالدخول أو الخلوة ، لأن الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح ، من حيث إمكان الوطء في كل منهما . بخلاف الحنفية فقد قالوا بأن الخلوة لا تكفي في إثبات النسب بالزواج الفاسد ، لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة .

٣- أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول عند الحنفية ، أو من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية . فإذا ولدت المرأة ولداً قبل مضي ستة أشهر من الدخول والخلوة عند المالكية لا يثبت نسبه من الرجل ، لأنه يدل على وجوده قبل ذلك وأن هذا الولد من رجل آخر .

ولا ينتفي نسبه عن هذا الرجل إلا باللعان ، عند المالكية والشافعية والحنابلة وعند الحنفية لا ينتفي نسبه ولو باللعان لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد زواج صحيح ، والزواج هنا فاسد ^(١) .

ولقد نصت المادة - ٤١- من مشروع قانون الامارات على هذه الآثار التي

(١) الفقه الإسلامي وأصله د / وهبه الزحيلي ٦٨٦/٧ - ٦٨٧ ، أحكام الأسرة في الإسلام ١ . د / محمد شلي ص ٧٠٨ .

تترتب على الدخول في الزواج الفاسد أما المادة -١٧٦- من هذا المشروع فقد نصت على الشروط التي يجب توافرها للثبوت هذا النسب في فقرات ثلاث وهي :

أ- ((يثبت نسب الولد في الزواج الفاسد ، من الرجل إذا جاءت به المرأة قبل المتاركة أو التفريق لمائة وثمانين يوما فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي)) .

ب- ((وإذا جاءت به بعد المتاركة والتفريق تطبق عليه نسب ولد المعتدة)) .

ج- ((وفي جميع الأحوال التي يثبت فيها نسب هذا الولد ، لا يتوقف ثبوته على دعوى من أبيه)) .

ومعنى هذا : ((أن نسبه يثبت إذا ولد بعد المفارقة في خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من تاريخ الفرقة ، وذلك حسب نص المادة - ١٧٥ -)) .

متى يثبت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد ؟

إذا كانت الفرقة بعد زواج فاسد بالمتاركة أو تفريق القاضي بعد الدخول ، أو الخلوة عند المالكية ، ثم ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة ، ثبت نسبه من الرجل . وإن كانت الولادة بعد مضي أقصى مدة الحمل لا يثبت نسب هذا الولد منه .

وأقصى مدة للحمل - كما سبق - سبتان عند الحنفية وخميس سنين عند المالكية ، وأربع سنين عند الشافعية والحنابلة .

٣- الوطء بشبهة : مثل وطء امرأة يجدها على فراشه ، فيظنها زوجته .

ومثل وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة ، وهو يعتقد أنها تحل له .

فإذا أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ، ثبت نسبه من الواطيء لتأكد أن الحمل منه . أما إذا أتت به قبل مضي ستة أشهر لايثبت النسب منه ، لأنه من المؤكد أن الحمل حدث قبل ذلك ، إلا إذا ادعاه ثبت نسبه منه ، لأنه ربما يكون قد تم الوطء قبل ذلك بشبهة أخرى ^(١) .

وإذا ترك الرجل الموطوءة عن شبهة ، ثبت النسب من الواطيء كما يثبت بعد الفرقة من زواج فاسد . أما الوطء بغير شبهة وإنما بالزنا ، لايثبت نسب الولد من الزاني للحديث المتقدم ((الولد للفراش وللعاهر الحجر)) ولأن الزنا كبيرة من الكبائر فلا يكون سببا لنعمة النسب .

ولقد أشارت المادة - ١٧٨ - من مشروع قانون الامارات إلى هذا ، فقد جاء بها أن [المعتدة من طلاق بائن أو فسخ إذا وطئت بدون عقد ممن تمتد له غير عالم بالحرمة ، وجاءت بولد يثبت نسبه طبقا لأحكام ثبوت النسب في الزواج الفاسد] وهذا مما يدخل في الوطء بشبهة الذي نصت عليه المادة - ١٧٩ - من هذا المشروع ، ونصها : ((من وطئ امرأة على فراشه يظنها زوجته ، فجاءت بولد لمائة وثمانين يوما فأكثر من وقت الوطء ثبت نسبه منه بدون دعوى على أن تلده خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من وقت الوطء ، وعلى ألا يطأها غيره بشبهة بحيث يمكن مجيء الولد منه)) .

(١) المغني ٤٣١/٧ وما يندرج منه الفقه الإسلامي وأدلته ٦٨٨/٧ .

ثالثاً : طرق إثبات النسب :

إثبات النسب يكون بأحد أمور ثلاثة وهي ^(١) .

١- الزواج الصحيح أو الفاسد .

٢- الإقرار بالنسب .

٣- البيينة .

الطريق الأول : الزواج الصحيح أو الفاسد :-

الزواج الصحيح أو الفاسد كل منهما يكون سبباً - كما سبق - لإثبات النسب ، وطريق لثبوته في الواقع - وهذا بخلاف الزواج الباطل فلا يكون سبباً من أسباب النسب كالزنا - فإذا ثبت الزواج الصحيح أو الفاسد بوسيلة من وسائل الإثبات المقررة فقهيها كالشهادة أو الإقرار ، ثبت نسب هذا الولد الذي ولد من هذه المرأة بسبب هذا الرجل إذا توافرت شروط إثبات النسب - السابقة - ويستوي في هذا الحكم الزواج الذي وثق في الوثيقة الرسمية الخاصة بهذا ، والزواج العرفي ، وهو زواج شرعي تتوافر فيه كل الشروط الشرعية غير أنه لم يوثق في هذه الوثيقة .

وقد نصت المادة - ٧٢ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون على ثبوت النسب بما يأتي :

[لا يثبت النسب إلا بالفراش ، أو بالإقرار أو بالبيينة] .

(١) البدائع ٢١٥/٣ - ٢١٨ ، المحرشي ٣١٦/٤ ، مغني المحتاج ٢/٢٥٩ ، المغني ٥/١٨٤

الطريق الثاني : الإقرار بالنسب :-

هذا الإقرار يتنوع إلى نوعين : إقرار على نفس المقر ، وإقرار فيه تحميل على الغير .

أما الأول : وهو الإقرار على نفس المقر : فهو أن يقر الأب بالولد أو الابن بالوالد ، كأن يقول : هذا ابني ، أو هذا أبي ، وهذه أمي . وهذا الإقرار يصح من الرجل ولو كان في مرض الموت بالشروط الآتية :

١- أن يكون المقر له بالبينة مجهول النسب ^(١) . حتى يمكن إثبات بنوته للمقر ، لأن الإقرار بالنسب لا يصح إذا كان له نسب معروف ، لأن الشخص لا يكون له أبوان ، ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ وكذلك لا يقبل التحويل .
كما يلاحظ أن ولد المتلاعنين وإن حكم بنفي نسبه من الزوج الملاحن إلا أنه يعتبر في حكم الذي ثبت نسبه لهذا فإن نسبه لا يثبت بإقرار غير الملاحن لجواز أن يكذب الملاحن نفسه فيثبت نسبه منه ، ولأن القبول لهذا الإقرار تسجيل للفاحشة على المرأة .

٢- [أن يكون المقر له بالبينة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهما تحتمل ذلك فلو كانا في سنين متساويتين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الإقرار ، لأن الواقع يكذبه في هذا الإقرار] ^(٢) .

(١) مجهول النسب هو الشخص الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه ولا في البلد الذي وجد فيه إن وجد في بلد آخر

(٢) فمن قال لفلان : هذا ابني والفلان سنه عشر سنوات ، ومن المقر عشرين سنة ، لا يؤخذ بهذا الإقرار عند الحنفية : لأن الفلام لا يولد له في رأيهم قبل أن يبلغ سن الثانية عشرة .

وكذلك إذا نازع المقر منازع آخر غيره ، لايثبت نسب هذا الولد ، لأن منازعة الغير فيه تؤدي إلى التعارض بين الإقرارين ، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

٣- أن يصدق المقر له المقر في هذا الإقرار إن كان أهلاً للتصديق ، وهو البالغ العاقل عند الجمهور ، والمميز عند الحنفية ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا تتمدها إلى غيره إلا ببينة ، أو تصديق من الغير .

فإن كان المقر له غير أهل للتصديق^(١) . ثبت النسب^(٢) . دون حاجة إلى تصديق ، لأن من ليس أهلاً للتصديق فعبارة غير معتبرة ، ولأن هذا الإقرار - من جهة أخرى - فيه فائدة أدبية لهذا الصغير من حيث إثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً ، وكذلك فائدة مادية في غالب الأحيان لحاجته إلى من يقوم بمصالحه والإنفاق عليه ، ولو كان أهلاً لهذا التصديق لبادر إليه مالم يمنعه مانع من ذلك^(٣) .

٤- ألا يكون في هذا الإقرار حمل النسب على الغير : ويستوي في هذا تكذيب المقر له أو تصديقه لأن الإقرار من الإنسان إنما هو حجة قاصرة عليه ، لا على غيره ، لأنه على غيره شهادة أو دعوى ، وشهادة الفرد فيما لا يطلع عليه الرجال غير مقبولة ، والدعوى المفردة ليست بحجة .

وبناء على ذلك إذا كان المقر ببثوة الغلام زوجة أو معتدة فيشترط مع ما ذكر أن

(١) بأن كان صغيراً أو مجنوناً .

(٢) يشترط في ثبوت النسب في هذه الحالة التي لا يشترط فيها المصادقة : أن لا يكون هناك منازع للمقر في ادعائه بهذه البثوة ، فإن نازعه مدع آخر حكم لصاحب البينة منهما ، فإن لم تكن لها بينة ينظر إذا كان لأحدهما ما يرجح فلا كان حكم لصاحبه وإن لم يكن نسب إليهما عند حنفية في الحقوق المالية .

(٣) أحكام الأسرة في الإسلام ١ . د / محمد شلي ص ٧١٦ . الفقه الإسلامي وأدلة ٧/٦٩١

يوافق زوجها على الاعتراف ببنته له أيضا ، أو أن تثبت ولادة هذا الغلام من ذلك الزوج ، لأن فيه تحميل النسب على الغير ، فلا يقبل إلا بتصديقه أو بيئته .

ويبطل هذا الإقرار إن كان عن طريق الزنا ، بأن يقر أن هذا الولد ابنه من الزنا ، لأن الزنا كبيرة من الكبائر - لا يصلح أن يكون سببا لإثبات النسب الذي هو نعمة من نعم الله تعالى التي امتن الله بها على عباده يقول سبحانه : ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً ﴾^(١) . ويقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - [الولد للفرش وللعاشر الحجر] .

ولأن المقر ليس لزاما عليه أن يبين السبب^(٢) . لهذه البتة إذا لم يصرح بهذا ، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك ، ولأنه لو صرح بالسبب وكان من زواج صحيح أو فاسد كان هذا النسب ثابتا بالفرش بعد إثباته لا بالإقرار المجرد .

وذهب الحنفية إلى اشتراط حياة الولد - أيضا - لصحة الإقرار بالنسب ، فلو أقر شخص بأن فلانا ابنه ، وكان المقر له بالبتة ميتا ، لم يصح هذا الإقرار ، ولا يثبت به النسب ، لأنه لا حاجة بعد الوفاة لإثبات النسب ، حيث لا يحتاج الميت إلى تكريم ولا تشريف . ولكن استثنى الحنفية من ذلك ما إذا كان للابن التوفي أولاد ، فإن الأقرار بنسبه بعد وفاته ، يكون صحيحا ، وذلك من أجل رعاية ومصلحة هؤلاء الأولاد ، لأنهم يحتاجون إلى ثبوت نسب أبيهم ، وفي ثبوت نسبه شرف لهم وتكريم .

(١) النحل / ٧٢ .

(٢) الملكية : يقولون بوجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهر خيال بكتبه مثل أن يكون المقر عقيم لا يستطيع إيجاب الأولاد أو يكون المقر له بالبتة نقيطا

أما المالكية : فإنهم لم يشترطوا حياة الولد المقر به ، لأن النسب حق للولد على أبيه ، لهذا لا يتوقف إثباته على حياة الولد ، كما هو لا يتوقف على تصديقه ، إلا أن الأب لا يرث الابن الذي استلحقه إلا إذا كان له ولد ، أو كان المال قليلا ، حتى لا يؤدي هذا لاتهام الأب بأن إقراره لأجل أخذ المال الكثير .

وأما الثاني : وهو إقرار الشخص بالنسب على الغير ، وهو الإقرار بفرع النسب كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد .

كأن يقول شخص : هذا أخي كان إقرارا بالنسب على أبيه ، لأن معناه هذا ابن أبي ، وإذا قال : هذا عمي كان إقرارا بالنسب على جده ، لأن معناه هذا ابن جدي ويصح بالشروط السابقة ، ولكن يزداد عليها شرط آخر ، وهو تصديق الغير ، فمن قال : هذا أخي فإنه يشترط لثبوت نسبه عند الحنفية أن يصدقه أبوه فيه ، أو تقوم البيئة على صحة الإقرار ، أو يصدقه اثنان من الورثة إن كان الغير ميتا ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لولايته على نفسه دون غيره . فإن لم يصدقه الغير أو لم يصدقه اثنان من الورثة ، أولم تقم بيئة على صحة الإقرار ، يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه ، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزا فقيرا ، وكان المقر موسرا ، ويشارك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركة أبيه ، هذا ماذهب إليه الحنفية .

وذهب المالكية إلى القول : بأن المقر له بالأخوة يأخذ المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره .

فإذا أقر ولد بأخوة آخر ، وأنكره الولد الآخر ، المنكر هنا يأخذ نصف التركة ، وشارك المقر له المقر في النصف الآخر عند الحنفية .

وأما المالكية : فيأخذ النكر عندهم نصيبه كاملا ، ويأخذ المقر له مانتقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة .

فلو كانت التركة ١٢ درهما مثلا أخذ المقر له عند الحنفية ٣ دراهم كنصيب المقر ، وعند المالكية أخذ درهمين ويكون للمنكر ٦ ، وللمقر ٤ لأن التركة توزع على ثلاثة ، ففي حال عدم وجود المقر له يكون للمقر ٦ ، وفي حال وجوده يكون له ٤ ، فما نقص من نصيبه وهو ٢ يأخذه المقر له .

وإذا صح الإقرار بالنسب لأي شخص كان ، شارك الورثة في اليراث . وإن لم يصدقه الغير ، ومات المقر ، ورث منه المقر له ، كباقي ورثته .

الفرق بين الإقرار بالبنوة والتبني :

الإقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف بالبنوة لهذا الولد الذي كان ماؤه سببا في وجوده ، فيكون ابنا له ثابت النسب منه ، وليس هناك فرق بينه وبين ابنه الثابت نسبه بالفراش إلا في طريق الاثبات ، بمعنى أن الحقوق الثابتة للأبناء الذين هم عن طريق الفراش ، تثبت لهذا الذي ثبتت بنوته بالإقرار ، من نفقة وارث وحرمة مصاهرة ، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلفت إليه ، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه ، والظاهر يصدقه ، والله سبحانه يتولى سرائره .

أما التبني فهو أن يلحق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقط مع التصريح أنه يتخذه ولدا له مع أنه ليس ولدا له في الحقيقة ^(١) .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد مصطفى شليبي ص ٧٢٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ١٩٠/٧ - ٦٩٦ .

وهذا ماكان في الجاهلية ، وفي صدر الاسلام ، وكانوا يجعلونه كالابن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيه . ولكن الاسلام أبطل هذا يقول سبحانه : ﴿ وما جعل أديانكم أنبائكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيمًا ﴾ ^(١) ويقول سبحانه ﴿ فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكمها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا وكان أمر الله مفعولا ﴾ ^(٢) .

الطريق الثالث : البينة :

كما يثبت النسب بالإقرار بشروطه - كما سبق - يثبت كذلك بالبينة ، بل هي أقوى من الإقرار ، لأن البينة حجة متعددة إلى الغير ، والإقرار - كما سبق - حجة قاصرة تقتصر على المقر لا تتعداه إلى غيره .

ولذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى النسب كان الترجيح لصاحب البينة . فإذا كان هناك ولد لا يعرف له نسب فجاء رجل وادعى نسبه ، وتوفرت شروط الإقرار - السابقة - ثبت نسبه بذلك الإقرار ، ثم جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على بنوته له كان أحق به من المقر ، لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه ^(٣) .

(١) الأحزاب / ٤ ، ٥ . (٢) الأحزاب / ٣٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٥٤/٦ ، أحكام الأسرة في الإسلام ٧٢٤ - ٧٢٥ .

والبينة التي يثبت بها النسب هي : شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة ومحمد وشهادة رجلين فقط عند المالكية ، وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف .

والشهادة تكون عن معاينة الشهود للمشهدود عليه - وهذا هو الأصل - أو سماعه به ، بمعنى إذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه ، جاز له أن يشهد ، وإذا لم يره أو يسمعه بنفسه ، لا يحل له أن يشهد ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - لشاهد [ترى الشمس ؟ قال نعم ، فقال : على مثلها فاشهد أو دع] ^(١) .

الشهادة بالتسامع لإثبات النسب :

التسامع : اشتهار الخبر بين الناس ، وفقهاء المذاهب الأربعة أجازوا إثبات النسب بشهادة السماع ، وكان هذا موضع اتفاق بينهم ، كما هو الشأن في الزواج أو الزفاف والدخول بالزوجة والرضاع والولادة والوفاة ^(٢) .

ودليل الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على هذا أن هذه الأمور لا يطلع عليها إلا خاصة الناس ، فإذا لم تجز الشهادة فيها بالسماع ، أدى هذا إلى الحرج ، وكذلك يؤدي الى تعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث وحرمة الزواج .

وبعد اتفاقهم على هذا ، اختلفوا في بيان المراد من التسامع :

فقال أبوحنيفة : هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين .

وقال الصاحبان : هو أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو عدل وامرأتان .

(١) رواه البيهقي والحاكم وصححه إسناده ، وتعبه الذهبي فقال : بل هو حديث راه - سبل السلام

١٣٠/٤ - .

(٢) المبسوط ١١١/١٦ ، الدررقي ١٩٨/٤ ، مغني المحتاج ٤٤٨/٤ ، المغني ١٦١ / ٩ .

وذهب المالكية : إلى القول : بأن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور ،
بمعنى أن ينتشر المسموع به بين الناس المدول وغيرهم . واشتروا أن يقول الشهود :
سمعنا كذا ونحوه .

وذهب الشافعية في الأرجح عندهم ، والحنابلة في الأصح إلى القول : بمثل
قول أبي حنيفة : وهو سماع الشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم - أي توافقهم -
على الكذب ، بحيث يحصل به العلم أي اليقين - أو الظن القوي بخبرهم . ولا
يكفي الشاهد بالاستفاضة أن يقول : سمعت الناس يقولون كذا ، وإن كانت شهادته
مبنية عليها ، بل يقول أشهد أنه له ، أو أنه ابنه مثلا ، لأنه قد يعلم خلافا
ماسمع من الناس .

الإقرار ينسب للقيط :^(١)

القيط : مولود حي نبذه أهله لأي سبب من الأسباب . كخوف الفقر أو
الفرار من تهمة الزنا أو خلاف ذلك .

حكم التقاطه : والتقاط القيط مندوب إليه شرعا يأخذ فاعله الأجر على ذلك
إذا وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك ، ولكن إذا ترجح الظن أنه هالك
لو ترك كان التقاطه فرضا على من يراه بحيث يأثم إذا تركه لأنه مخلوق ضعيف
لا حول له ولا قوة ولم يقترب إثما يستحق عليه الإهمال ، وإنما الإثم يكون على من
تسبب في وجوده من طريق غير مشروع ، أو من تركه في هذا المكان لسبب آخر .

من الأحق به ؟ : الذي يلتقطه هو أحق الناس به ويحفظه ، لأنه هو الذي

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٢٩ - ٧٣٢ .

تسبب في إحيائه ، وليس للحاكم ولا لغيره أن يأخذه منه جبراً عنه إلا إذا تبين أنه ليس أهلاً للقيام برعايته .

وإذا التقطه أكثر من واحد وحدث التنازع من أجله فالأول به أرجحهم بالاسلام أو القدرة على حفظه وتربيته ، فإن تساوا وضعه القاضي عند أصلحهم رعاية لشؤنه في نظره .

ولقد حرم الإسلام التبني - كما سبق - ولكنه قد اهتم باللقيط : لهذا أوجب التقاطه وحرم إهماله وتضييعه ، واعتبره مسلماً حراً إذا وجد في دار الإسلام أو التقطه مسلم من أي مكان .

فإذا التقطه ذمي من مكان خاص بهم كان على دين من التقطه عملاً بهذه القرائن التي ترجح ولادته لغير المسلمين .

ومع اعتباره مسلماً لوجوده في دار الإسلام لو ادعى ذمي أنه ابنه وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وكان على دينه إعمالاً للبينّة ، لأن الأصل أن من يولد في دار الإسلام يصبح مسلماً تبعاً للدار إلا إذا أقام الدليل على خلاف ذلك أما إذا لم يستطع إقامة البينة وتوفرت شروط الإقرار بالنسب ثبت نسبه من ذلك الذمي وكان مسلماً تبعاً للدار ، لأن الإقرار حجة قاصرة - كما سبق - فيعمل به - في ثبوت النسب وتبقى التبعية للدار لا يعارضها شيء عند الحنفية .

نسب اللقيط : إذا ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توفرت شروط الإقرار السابقة . يستوي في ذلك الذي التقطه وغيره ، ويصح بعد ذلك ابناً حقيقياً له .

ولكن إذا ادعى بنوته أكثر من واحد وكان منهم الملتقط رجح الملتقط إلا إذا

أقام غيره بيعة على دعواه لأن البيعة أقوى من الإقرار .

وإذا ادعاه اثنان ليس منهما الملتقط رجع أسبقهما دعوى إلا إذا أقام المتأخر البيعة ، وإذا لم يسبق أحدهما الآخر رجع من أقام بيعة .

فإن لم تكن لهما بيعة أو أقام كل منهما بيعة رجع من ذكر علامة مميزة فيه لأنه بذلك يكون قد سبقت يده إليه ، فإن تساويا ولا مرجح لأحدهما فلأجل المحافظة على النسب من الضياع ينسب إلى كل منهما وإن كان الواقع أنه ليس ابنا لهما معا ، ولكن معاملة لهما باقارعهما ، فيثبت له على كل منهما الحقوق الواجبة على الآباء للأبناء من النفقة وغيرها ، ويكون له حق الإرث من كل منهما ميراث ابن كامل ، ولو مات اللقيط ورثا منه ميراث أب واحد يقسم بينهما بالسوية ^(١) .

وإذا ادعت المرأة بذوة اللقيط : فإن كان لها زوج وصدقها أو شهدت القابلة بولادتها أو أقامت بيعة على ذلك صحت دعواها وثبت نسبه منها . وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت بيعة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة عند الحنفية .

والفرق بينها وبين الرجل في قبول دعوته بدون بيعة في حين أن دعواها لا تقبل إلا ببيعة . أن النسب حينما يثبت للرجل المدعي يكون في هذا دافعا للمار عن اللقيط حيث ينتسب إلى أب معروف ، وهذا لا يوجد في دعوى المرأة ، لأنه ينسب إليها في

(١) هذا ما ذهب إليه الحنفية ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول : بأنه لا يثبت نسبه من كل منهما ، وإنما يرجع في ذلك إلى القائل وهو الذي يعرف الشبه فيقول : إن هذا الولد يشبه هذا الرجل . وهو : أقرب إلى القول من قول الحنفية : الذين لم يأخذوا بالقرعة ولا بشهادة القائل مستدين إلى ما أقر عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال في مثل هذا : [إنه ابنهما يرثهما ويرثانه] بدائع الصنائع ٢٠٠ / ٦ .

كل حال بمعنى إذا كانت قد أتت به من طريق مشروع أو غير مشروع .

[وقد تحدثت المواد - ١٨٥ ، ١١٨٦ ، ١٨٧- من مشروع قانون الامارات عن نظام الإقرار بالنسب والتبني وهو ما أشرت إليه سابقا ، وقد أوضحت المادة - ١٨٦- أن النسب إذا ثبت بالإقرار الصحيح الذي توافرت شروطه لا يقبل النفي بعد ذلك وتترتب عليه جميع أحكام النسب المعروف .

ولقد أشارت الفقرة الأولى من المادة - ١٨٧ - على حق المرأة في الإقرار - كما هو حق للرجل - إذا توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ولم تكن متزوجة أو معتدة وقت أن ولد .

أما الفقرة الأولى من المادة - ١٨٨- فقد نصت على [أنه لا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب] .

ونصت الفقرة الثانية [بأنه لا يثبت نسب ولد الزنا من الزاني إلا إذا أقر به غير معترف بأنه من الزنا] .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد نص في المادة - ٧٥- على موضوع الإقرار ، ونصها كما يأتي :

أ- الإقرار بالبينة ولو في مرض الموت يثبت به النسب بالشروط الآتية :

١- أن يكون المقر له مجهول النسب .

٢- أن يكون المقر بالغاً عاقلاً .

٣- أن يكون فارق السن بين المقر وبين المقر له يحتمل صدق الإقرار .

٤- أن يصدق المقر له إذا كان بالغاً عاقلاً ، المقر .

ب - الاستحقاق : إقرار بالبنوة صادر عن رجل بالشروط المذكورة في الفقرة السابقة .

وما جاء في السواد - ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ - لا يختلف عما ذكره مشروع قانون الامارت .

وقد نصت المادة - ٧٩ - على أنه لاتسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالاقرار الصحيح .

وواضح أن هذا من باب الحرص على مصلحة هذا الولد الذي هو مجهول النسب ، فإثبات نسبه تشريف له ورفع لشأنه ، ولكن دعوى الورثة بنفي النسب فيه تهمة إبعاده عن الميراث لذلك لاتسمع دعواهم وإنما ترفض هذه الدعوى | .

"المبحث الثاني" "في الرضاع"

ويشتمل على الآتي :-

- ١- على من يجب الرضاع للرضيع ؟
- ٢- من التي تستحق أجره على الرضاع ، ومتى تستحق ؟
- ٣- المدة التي تستحق فيها أجره الرضاع .
- ٤- مقدار الأجره ، وعلى من تجب ؟ ^(١) .

تمهيد :-

سبق الحديث عن الرضاع من ناحية كونه سببا من أسباب التحريم في الزواج .

. وأما من ناحية كونه حقا للطفل ووجوبه له ، واستحقاق الأجره عليه ، والمدة التي تستحق فيها الأجره ، ومقدار هذه الأجره ، وعلى من تجب ؟ فهذا هو الذي سوف أتحدث عنه - بمشيئة الله تعالى - في هذا المبحث .

(١) بدائع الصنائع ٤/٤٢ ، أحكام القرآن للجصاص ١/٤٠٤ ، بدعية المجهد ٢/٥٧ ، الشرح الصغير ٢/٧٥٤ ، مغني المحتاج ٣/٤٥٠ ، المغني ٧/٦٢٧ ، تفسير القرآن لابن كثير ١/٢٨٥ .

١- على من يجب الرضاع للرضيع ؟

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - : على أن الرضاع واجب على الأم ديانة بمعنى أنها تسأل عنه أمام الله سبحانه وتعالى من أجل الحفاظ على حياة الولد ، سواء أكانت هذه الأم متزوجة بأبي الرضيع ، أم مطلقة منه وانتهت عدتها . ولكنهم اختلفوا في وجوبه عليها قضاء ، بمعنى هل يستطيع القاضي أن يجبرها عليه أم لا ؟ .

وسبب الخلاف يرجع إلى كيفية فهم المراد من قوله سبحانه : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة ... ﴾ إلى قوله سبحانه ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتكم بالمعروف ، واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير ﴾ ^(١) فالآية الكريمة تفتتح بجملة خبرية لكنها في معنى الأمر ، فنظرا لخبريتها تفيد أن الرضاع حق للأم لها أن تستوفيه ولها أن تتنازل عنه ، ونظرا لمعنى الأمر فيها تفيد أنه واجب عليها لاستطيع تركه إلا إذا منعها من ذلك مانع كمرض ونحوه ، ومن هنا كان اختلاف الفقهاء في وجوب الرضاع على الأم ، وفي هذا المعنى يقول القرطبي في تفسيره : [واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل - ثم يبين مذهب إمامه مالك فيقول : ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إذ قد سار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط] .

ونظرة عامة في مذاهب الفقهاء يتضح منها على أنه واجب على الأم في بعض الحالات ، وغير واجب عليها في حالات أخرى ، مع اتفاق الجميع على أنه حق للأم لايزاحمها غيرها في استيفائه إذا أرادت مالم يكن في ذلك ضرر يلحق الرضيع أو الأب

(١) البقرة / ٢٣٣ .

لأن الأم أقرب الناس إلى وليدها ينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لينها أفضل غذاء له مما عدها لأنه ينسجم مع جسمه الذي تغذى بدمها وهو جنين في بطنها . وفيما يلي بيان لهذه الآراء بإيجاز :

ذهب الحنفية : إلى القول : بأنه واجب عليها ديانة لاقضاء ، فإن امتنعت عنه بدون عذر فلا تجبر قضاء عليه إلا في حالات ثلاث .

١- إذا لم يوجد للطفل ولا لأبيه مال لاستئجار مرضعة ولم توجد متبرعة بإرضاعه .

٢- أن يتوقف إرضاعه عليها لعدم وجود مرضعة بأجر أو بغير أجر وإن كان للأب أو الابن مال .

٣- إذا كانت المرضعة موجودة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه .
ففي هذه الحالات يتعين على الأم الإرضاع وتجبر عليه قضاء حتى لا يتعرض الطفل للهلاك .

وفي غير الحالات السابقة إذا قامت الأم بإرضاعه فيها ، وإن امتنعت عنه بدون عذر ظاهر لا تجبر عليه لأن الرضاع حق للأم كما هو للولد ، ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضي الإجبار عليه وهو المحافظة على حياة الطفل كما هو في الصور السابقة .

ومن جهة أخرى فمن المعلوم أن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها ، ولهذا فإنها لم تمتنع عن إرضاع ولدها إلا لعدم قدرتها على ذلك - في الغالب - فإجبارها حينئذ يلحق الضرر بها ، لأنها ستفعل مالا قدرة لها عليه أو تتضرر به ، وقد نفى الله عنها الضرر بسبب ولدها ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ .

وفي هذه الحالة يتحتم على الأب أن يستأجر له مرضعا لأجل أن تقوم بإرضاعه من أجل الحفاظ عليه من الهلاك .

فإن لم يتم الأب باستئجار المربية كان للأب مطالبة بذلك أو بدفع أجره الرضاع إليها لتقوم هي باستئجار المربية محافظة على الولد .

وذهب المالكية : إلى القول : بأنه واجب عليها قضاء إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي كما هو واجب ديانة لظاهر الأمر وهو يفيد الوجوب قضاء وديانة ، بمعنى أنها إذا امتنعت من إرضاعه بدون عذر، أجبرها القاضي إلا المرأة الشريفة لثراء أو حسب فلا يجب عليها الإرضاع إن قبل الولد الرضاع من غيرها أما إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل الولد ثدي غيرها فإنها تجبر على إرضاعه محافظة عليه من الهلاك حتى لو كانت مطلقة طلاقاً بائناً ، ومعنى هذا فإن المطلقة طلاقاً بائناً لا يجب عليها الإرضاع لقوله سبحانه ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ، فآتوهن أجورهن ﴾ فهذه الآية وأردة في المطلقات طلاقاً بائناً .

وذهب الشافعية : إلى القول : بوجوب إرضاع اللبأ : وهو اللبن الذي ينزل في أول الولادة ، لأن الولد يقوى ويشدد بنيته به ، ولا يجب عليها الإرضاع بعد ذلك ، يستوي في هذا أن تكون زوجة أو أجنبية إلا إذا تعينت بعدم وجود غيرها أو أن الطفل لم يقبل غير ثديها فيتعين عليها الإرضاع ^(١) .

٢- من التي تمتحق الأجرة على الرضاع ، ومتى تستحق ؟ .

يقول الحنفية : إن التي تقوم بالإرضاع إما أن تكون الأم أو غيرها ، والأم إما أن تكون زوجة لوالد الرضيع أو معتدة منه بطلاق رجعي أو بائن ، أو تكون العدة قد انتهت .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٣٨ - ٧٤٠ ، الفقه الإسلامي وأصله ٦٩٨/٧ - ٧٠٠ .

فإذا أرضعت الأم ولدها بنفسها أو بإجبارها على ذلك قضاء ، فهل ياترى تستحق أجره على الرضاع ؟ في هذا الأمر تفصيل فيما يأتي ^(١) .

أ- يقول الحنفية : والشافعية والحنابلة : بأن الأم لا تستحق أجره الرضاع في حال قيام الزوجية أو أثناء العدة من طلاق رجعي ، لأن الزوج هنا مكلف بالإنفاق عليها فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع ، حتى لا يجتمع على الزوج واجبان : النفقة والأجرة في وقت واحد ، وهو غير جائز لكفاية النفقة الواجبة على الزوج .

وذهب المالكية : إلى الموافقة على هذا إذا كان الرضاع واجبا على الأم ، وهو الحالة الغالبة ، أما في حالة غير الوجوب كالشريعة القدر ، فإنها تستحق الأجرة على الرضاع .

ب- اتفقوا على أن الأم تستحق الأجرة على الرضاع بعد انتهاء الزوجية والعدة أو في عدة الوفاة ، لقوله سبحانه : ﴿ فإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ فهي واردة في المطلقات ، ولأنه لانهقة للأم بعد الزوجية وكذلك في عدة الوفاة .

ج- الأم تأخذ الأجرة على الرضاع إذا كانت في عدة من طلاق بائن عند بعض الحنفية ، وكذلك عند المالكية ، لأنها كالأجنبية ، لقوله سبحانه : ﴿ فإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ فقد أوجب سبحانه وتعالى للمطلقات بائنا الأجرة على الرضاع ، حتى لو كانت حاملا ولها النفقة ، لأن كلا من النفقة وأجرة الرضاع وجب بدليل خاص به ، فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر .

(١) فتح القدير ٣/٣٤٥ ، الدر المختار ورد المختار ٢/٩٢٩ ، أحكام القرآن للحصص ٣/٤٦٣ ، بداية الجهد ٢/٥٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ٤/١٨٢٨ .

ولكن عند البعض الآخر من الحنفية : هو عدم الفرق بين عدة الرجعى والبائن ، فلا تستحق الأم أجرة الرضاع في الحالتين لوجوب النفقة لها مطلقاً ، وهذا هو المعمول به في المحاكم المصرية ، للتيسير على الأب وعدم الإضرار به من جهة أخرى .

متى تستحق المرضع الأجر على الرضاع ؟

إذا كانت المرضع هي الأم فإنها تستحق الأجر بمجرد الإرضاع ، ولا يتوقف هذا الحق على اتفاق بينها وبين الأب ولا على قضاء القاضي بذلك ، وهذا عند المالكية والحنفية كذلك ، وقيل - في رواية أخرى - عند الحنفية : من وقت طلبها الأجر ولا تسقط هذه الأجرة بموت الأب ، وتأخذ هذه الأجرة من ماله لأنها تصبح ديناً في تركته ، كذلك لا تسقط بموت الرضيع .

وقد استحققت الأم الأجر بدون التوقف على اتفاق سابق لأن القرآن الكريم رتب الأجر على الإرضاع في قوله سبحانه ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ . فقد أمرت الآية الكريمة بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع دون أن تقيده بقيد آخر .

أما غير الأم فإنها لا تستحق الأجر بمجرد الإرضاع ، ولكنها تستحقه من وقت الاتفاق ، لأنها مستأجرة للإرضاع لهذا لا تستحق هذه الأجرة إلا من يوم العقد .

٣- مدة استحقاق هذه الأجرة : فقد اتفق الفقهاء على أن مدة استحقاق

الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط ، فمتى أكمل الطفل حولين كاملين ، لم يكن للمرضع الأم الحق في أن تطالب بأجرة الرضاع لقوله سبحانه ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ فظاهر من الآية الكريمة على أن

الأب يلزم بنفقة الرضاع في مدة سنتين فقط ^(١) .

وقد نصت المادة - ١٩٨- من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- لا يجب على الأم إرضاع ولدها ، إلا إذا تعذرت تغذيته من غير لبنها لأي سبب كان .

٢- وإذا امتنعت الأم عن إرضاع ولدها ولم يكن واجبا عليها ، فعلى أبيه أن يستاجر من ترضعه ، أو تقوم بتغذيته عند الأم] .

ونصت المادة -١٩٩- على : ((الأم أحق بإرضاع ولدها مالم تطلب أجرا على إرضاعه ورضيت غيرها بإرضاعه مجانا ، أو بأقل مما طلبته الأم فتقدم غيرها على أن ترضعه عند الأم)) .

أما المادة - ٦٣ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد جاء بها [أنه يجب على الأب تكاليف إرضاع ولده إذا تعذر على الأم إرضاعه ، ويعتبر ذلك من قبيل النفقة] .

وبهذا يتضح : أنه يجب على الأم إرضاع ولدها إلا عند تعذر إرضاعها له ، ففي هذه الحالة يجب على الأب تكاليف إرضاع ولده ، وبهذا يخالف ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة -١٩٨- من مشروع قانون الامارات التي لم توجب على الأم إرضاع ولدها .

٤- مقدار الأجرة وعلى من تجب ؟

الأجرة التي تستحقها الأم في الحالات التي تستحق فيها الأجر هو ما حدث

(١) أحكام القرآن للحصص ٤٠٤/١ ، حاشية ابن عابدين ٩٣١/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٠٠/٧

٧٠٢ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٤٧ .

الاتفاق عليه مع الأب قبل الإرضاع ، وإن لم يكن بينهما إتفاق على قدر معين فإنها تستحق أجر المثل وهو الأجر التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع به ، فإذا اختلفا قدره القاضي بذلك ، فإن طلبت أكثر من ذلك لا تجاب إلى طلبها .

أما على من تجب ؟

تجب أجرة الرضيع في ماله ، إذا كان يملك مالا ، لأن رضاع الصغير هو غذاؤه ، وغذاؤه من نفقته ، والأصل أن نفقة الشخص تكون في ماله ، فإن لم يكن له مال فتكون على أبيه إن كان موسراً .

فإن كان معسرا وقادراً على الكسب أجبرت الأم على إرضاعه ويكون الأجر ديناً على الأب يدفعه لها إذا أيسر ، وإن كان معسرا عاجزا عن الكسب أو متوفي وجبت أجرة الرضاع على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... ﴾ . إلى قوله سبحانه ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ^(١) .

وقد سبق في الفقرة الثانية من المادة - ١٩٨ - أن وجوب أجرة الرضاع تكون على الأب ، ومعروف أن هذا يكون عند عدم وجود مال للصغير .

أما المادة - ٢٠٠ - من مشروع قانون الامارات فقد نصت على : | أجرة الإرضاع من النفقة الواجبة للصغير ، وتستحق من وقت الإرضاع ، وتكون ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء [.

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٤٩ .

وكذلك نصت المادة - ٢٠١- من مشروع قانون الامارات في الفقرة الأولى منها على أن الأم [لاتستحق أجره الإرضاع في الأحوال الآتية :

أ - إذا كانت زوجة للأب ولو كانت ناشزا عن طاعته .

ب- إذا كانت معتدة لها نفقة عليه ، ولو أبرأت منها نظير الطلاق] .

أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد نصت | على أن الأم لاتستحق أجره على الإرضاع لأكثر من حولين من وقت الولادة] .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون إعتبر أجره الرضاع من النفقة الواجبة عليه إذا تعذر على الأم إرضاع ، وذلك حسب نص المادة - ٦٣ - .

أما المادة - ٦٤ - فقد أوجبت نفقة الولد على أمه الموصرة ، إذا فقد الأب ولا مسال له ، أو عجز عن الانفاق .

المبحث الثالث " في الحضانة " ^(١)

ويشتمل على الآتي :-

- ١- التعريف بالحضانة وصاحب الحق فيها وحكمها .
- ٢- ترتيب مستحقي الحضانة من النساء والرجال .
- ٣- شروط أهلية الحضانة .
- ٤- أجرة الحضانة واستحقاقها ، ومن تجب عليه .
- ٥- مكان الحضانة ، وانتقال الحاضنة منه .
- ٦- مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها .

(١) بدائع الصنائع ٤/٢٢ ، الشرح الصغير ٧/٧٥٧ ، مغني المحتاج ٣/٤٥٤ ، المفني ٧/٦١٤ ، كشاف القناع ٥/٧٥٦ .

١- التعريف بالحضانة وصاحب الحق فيها وحكمها :

معنى الحضانة : الحضانة - بفتح الحاء وكسرهما - لغةً : ضم الشيء إلى الحضان .

وهو الجنب أو الصدر أو العضدان وما بينهما ، تقول : حضنت الشيء ، واحتضنته إذا أضعته إلى جنبك ، وحضنت الأم طفلها إذا أضعته إلى صدرها .

ومعناها : هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمور نفسه وذلك برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره .

دليل مشروعيتها : أن امرأة قالت يا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وقدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني ، فقال لها النبي - صلى الله عليه وسلم - [أنت أحق به مالم تنكحي] ^(١) .

والحضانة - كما هو واضح - أمر يتوقف وجوده على شخصين حاضن ومحضون ، والحاضن إما امرأة أو رجل ، والمحضون هو الطفل الصغير ، والصغير محتاج إليها فهي بالنسبة له حق لأنه المنتفع بها ، وهو ليس أهلاً للوجوب ، وأما الجانب الآخر وهو الحاضن فهو مكلف بعمل وهو أهل للوجوب عليه .

- صاحب الحق في الحضانة : اختلف الفقهاء فيه ، فقيل : إن الحضانة حق للحاضن ، لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض ، ولو كانت الحضانة حقاً لغيره ماسقطت باسقاطه .

وقيل إنها : حق للمحضون ، فلو أسقطها هو سقطت .

(١) أحمد وأبو داود وصححه الحاكم ، نيل الأوطار ٣٤٩/٦ .

ولكن عند العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا : حق الحاضنة وحق المحضون ، وحق الأب أو من يقوم مقامه ، فإذا استطعنا أن نوفق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه ، وإن حدث تعارض ، قدم حق المحضون على غيره .

وإذا اعتبرناها حقا للصغير تفرع عن ذلك الأحكام الآتية :

أ- إذا تعينت الحاضنة سواء كانت أما أم غير أم أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لا يفوت على الصغير حقه .

ب- إذا حدث الخلع بين الأم وزوجها على أن تترك حضانتها لولدها تاركة إياه لأبيه صح الخلع وبطل الشرط ، لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة ، وهي وإن ملكت إبطال حقها فيها فإنها لا تملك إبطال حق الصغير .

ج- إذا تم صلح بينها وبين زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابلة دين عليها له كان صلحا باطلا ، لأن هذا يترتب عليه إسقاط حق الصغير ، ولذلك لو صالحته على إسقاط حقها في أجرة الحضانة في مقابلة هذا الدين صح الصلح لأن الأجرة حق خالص لها .

أما إذا اعتبرناها حقا للحاضنة تفرع عن ذلك الأحكام الآتية :

أ- ليس من حق الأب ولا لغيره أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في حضانتها ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي ، لأن نزعه منها في هذه الحالة ضياع لحقها في الحضانة .

ب- إذا كانت المرضعة ليست هي الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لا يفوت حق الحاضنة ، بمعنى أن تقوم بإرضاعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى حاضنته .

جـ- [لاتجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى تقبلها ، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه]^(١) .

وحكمها : أنها واجبة لأن المحضون يلحقه الهلاك بتركها ، لهذا وجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه لينجو من الهلاك .

وقد جاء في المادة -٢٠٢- من مشروع قانون الامارات ما يوضح وظيفة الحاضنة فقالت : ((تقوم الحاضنة بتربية المحضون وحفظه ، وتوجيهه ، ومراقبة سيره ، بما لا يتعارض مع حق الولي على النفس)) .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد عرفها في المادة - ١٢٦ - ونصها ((الحضانة حفظ الولد ، وتربيته وتعليمه ، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على النفس)) .

٢- ترتيب مستحقي الحضانة من النساء والرجال :

الطفل يخرج إلى الحياة وهو عاجز عن كل شيء لهذا فهو يحتاج إلى من يقوم بأموره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن يقوم ببعض شئونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعليم والتهديب والبعد عن الفساد ، ولما كان النساء أقدر على النوع الأول لصفات خاصة بهن جعله الشارع إلهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة ، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع إليهم بهذا تكون المسؤولية قد وزعت بين النساء والرجال .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ١ . د / محمد شلي ص ٧٥٣ - ٧٥٥ ، فقهه الإسلامي وأدلته د/ وهبه الزحيلي ٧١٧/٧ - ٧١٩ .

ولما كانت الأم هي أحنى النساء على وليدها من غيرها ، وهذا أمر طبعته عليه ، وعطفها لا يقارنها عطف كانت في المرتبة الأولى من الحاضنات .

ويثبت هذا الحق للأم سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة أو غير معتدة مادامت أهلا للحضانة ولم يمنع من حضانتها مانع ، كتزوجها بأجنبي أو بقريب غير محرم ، أو أن تكون فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا ، أو غير مأمونة بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا .

وبهذا قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كما سبق - في تقديم الأم بالنسبة للنساء ، مالم يكن هناك مانع ، وكذلك قضى أصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك .

روي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - طلق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذها منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فأنطلق إلى أبي بكر - رضي الله عنه - فقال له أبو بكر : مسحها وحجرها وريحها خير له منك ، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه ^(١) .

فإن ماتت أو منع من حضانتها مانع انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب فتنتقل إلى أم الأم ، ثم إلى أم الأب ، وإنما تأخرت الجدة من قبل الأب عن الجدة من قبل الأم ، لأن قرابتها من جهة الأب وهو مؤخر عن الأم . فإن لم توجد واحدة من الجدات انتقلت الحضانة إلى الأخوات على أن تقدم الأخت الشقيقة وتليها الأخت لأم ، فإن لم تكن فالأخت لأب وهذا مذهب إليه الجمهور غير الشافعية ، لأن الشافعية - في الأصح عندهم - الأخت لأب ثم الأخت

(١) رواه ابن شبة . فتح القدير ٣/ ٣١٤ .

لأم فإن لم توجد واحدة من الأخوات المؤهلات للحضانة انتقل الحق إلى بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ، ثم يلي هؤلاء الخالات فتقدم الشقيقة ثم تليها الخالة لأم ثم الخالة لأب فإن لم يوجد من الخالات من يصلح انتقل الحق إلى بنت الأخت لأب على الرأي الصحيح عند الحنفية^(١) . ويجيء بعدها بنات الأخوة على الترتيب تقدم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ، فإن لم يوجد من تصلح انتقل الحق إلى العمات على الترتيب تقدم العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب . فإن لم يوجد من العمات من تصلح انتقل الحق إلى خالات الأم على الترتيب ، تقدم خالة الأم الشقيقة ، ثم خالتها لأب ثم يليهن خالات الأب تقدم خالة الأب الشقيقة ثم خالته لأم ثم خالته لأب .

ثم عمات الأم على الترتيب السابق ، ثم عمات الأب كذلك على الترتيب السابق .

ومما يلاحظ هنا في هذا الترتيب : أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصناف عند اتخاذ الدرجة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها كذلك ، ومن المعروف أن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب . وأن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا ، لأن الجدة أكثر عطا على الصغير من الأخت ، ولأن اتصالها بالصغير من طريق الولادة فهو كالجزء منها . وكذلك القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها لقوتها بتعدد جهتها وتوفر الشفقة .

(١) وفي رواية مرجوحة أن بنت الأخت لأب مقدمة على الخالات ، وجه الرواية الراجحة أن قرابة الخالة من جهة الأم ، وقرابة بنت الأخت لأب من جهة الأب وهما في درجة واحدة فتقدم قرابة الأم وهي الخالة على قرابة الأب وهي بنت الأخت لأب .

وقد تمت بنت الأخت على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، والعمة فرع الجدين أو أحدهما ^(١) .

((وهذا مانصت عليه المادة - ٢٠٣ - من مشروع قانون الامارات في فقرتها الأولى)) .

وإذا لم يوجد من النساء والمحارم من تصلح للحضانة ، أو وجدت ولم تكن أهلاً لهذه الحضانة ، انتقلت هذه الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقاً إن كان الطفل ذكراً وإلى العصة المحارم إن كان أنثى ويكون ترتيبهم كالسيرات ، فيقدم الأب ثم الجد لأب وإن غلا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب ، ثم العم لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم ابن العم الشقيق ، ومن العم لأب - أي إذا كان المحضون أنثى لأنهما من غير المحارم ، والحضانة تمتد إلى سن المراهقة وفيها يخشى الوقوع في الفتنة .

فإذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها يختار القاضي حسب ما يراه صالحاً لهذه المحضونة فيضمها عند امرأة تكون ثقة مأمونة .

وهذا مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة .

فإذا لم يوجد للصغير عاصب مطلقاً من الرجال ولا عاصب محرم للصغيرة ، أو وجد ولكنه ليس أهلاً لهذه الحضانة انتقلت الحضانة إلى المحارم من غير العصة ، وهم نوا الأرحام الأقرب فالأقرب ، فيقدم الجد لأب ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ لأب ،

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٥٧ - ٧٥٨ ، الفقه الإسلامي وأدلة ٧٢١/٧

ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأُم .

وهذا مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السابقة .

فإذا لم يوجد واحد من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى الأقرباء من غير المحارم كأولاد الخال وأولاد الخالة على أن لا يكون للرجال حضانة الإناث ولا للإناث حضانة الذكور لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على الضم مفسدة .

فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان الرأي للقاضي يضمه إلى رجل أو امرأة ممن يثق في صلاحهم وقدرتهم على هذا العمل .

وإذا تعدد المستحقون للحضانة من الرجال والنساء وكانوا في درجة واحدة وقوة واحدة كإخوة أشقاء أو أعمام أشقاء أو خالات شقيقات قدم أصلهم لتربية الطفل وأقدهم على رعايته ، فإن تساوا في الصلاح فأورعهم ، فإن تساوا فيه فأسنهم لأنه يكون أكثر تجربة من غيره . هذا مذهب إليه الحنفية بالنسبة لحق الحضانة ^(١) .

وقد نصت على ذلك الفقرات ٤ ، ٥ ، ٦ من المادة السابقة ، ونصها :

[٤- إذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال ، انتقل الحق إلى من يليه .

٥- في جميع الأحوال لا يستحق الحضانة عند اختلاف الجنس من ليس من محارم الطفل ذكراً كان أو أنثى .

٦- إذا لم يوجد مستحق للحضانة ، أو لم يقبلها أحد من المستحقين يضع

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ٢ . د محمد مصطفى شلي ص ٧٥٩ ، ٧٦٠ .

القاضي المحضون عند من يثق به من الرجال أو النساء ، ويفضل الأقارب على الأجانب | .

٣- شروط أهلية الحضانة :

من المعروف أن الغرض من الحضانة تحقيق مصلحة الطفل ودفع كل ما يلحق به الضرر لهذا شرط في الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال توافر صفات معينة بها تتحقق الأهلية للحضانة ، فإن اختلت واحدة منها في شخص أدى ذلك إلى سقوط حقه في هذه الحضانة وانتقل إلى من يليه .

الشروط الخاصة بالنساء :

١- أن تكون بالغة ، لأن غير البالغة ولو كانت مميّزة لاتستطيع أن تقوم بشئونها كلها فكيف يوكل إليها القيام بشئون غيرها .

٢- أن تكون عاقلة لأن غير العاقلة لاتحسن القيام على شئون الصغير لعدم معرفتها ما ينفعه بل يخشى عليه أن تنزل به الضرر لهذا لاتكون أهلا للحضانة .

٣- أن تكون قادرة على القيام بما تتطلبه الحضانة من أعمال ، لأنها لو كانت عاجزة عن ذلك من أجل مرض أو عاهة أو كبير سن يحول بينها وبين أداء وظيفتها لم تكن أهلا للحضانة وكذلك لو كانت قادرة على أعمال الحضانة ، ولكنها مع قدرتها على أعمال الحضانة مريضة مرضا يخشى على حياة الطفل منه فإنها لاتكون أهلا لهذه الحضانة . ولو كانت تعمل وكان هذا العمل يحول بينها وبين رعاية الطفل فإن حقاها يسقط في الحضانة ، أما إذا كان عملها لا يحول بينها وبين رعايته بأن تتمكن من التوفيق بين عملها وما تتطلبه الحضانة لايسقط حقاها فيها .

٤- أن تكون أمينة على أخلاق الصغير ، فإن كانت فاسقة كاحترافها الرقص أو ارتكاب الفاحشة فإن حقها في الحضانة يسقط . لكن ابن عابدين قيد الفسق المانع من الحضانة -حضانة الأم - بكونه فسقا يضيع به الولد ، بمعنى أن يكون لها حق الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور ، مالم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه ، فإذا كان في سن يعقل فيها هذا انتزع منها ، صونا لأخلاقه من الفساد ، لأنها حينئذ غير أمينة .

٥- ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير . بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه أو جده مثلا ^(١) .

فإن كانت متزوجة من أجنبي ، أو من قريب غير محرم كابن عمه ، أو من محرم غير قريب كأخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة ، لأن الغالب بالنسبة لهؤلاء ألا يعطفوا على الصغير كمطف قريبه المحرم ، ثم إن الأجنبي غالبا ما ييفضه ويقتسوا عليه - وإن كان في بعض الأحيان يحدث خلاف ذلك ، فيكون من الأجنبي العطف الذي لا يكون من القريب المحرم - وكذلك فإن وقت الزوجة لزوجها وله الحق

(١) لقوله - صلى الله عليه وسلم - للمرأة المطلقة التي أراد زوجها أن يأخذ ولده منها : [أنت أحق به مالم تتزوجي فإذا كانت الأم يسقط حقها بالزواج نفقها أولى بالملك ، وكان مقتضى ذلك أن يكون زوجها مطلقا مسقطا لهذا الحق ، لكن الحنفية والمالكية : نظروا إلى الحكمة التي من أجلها جعل الزواج مانعا من الحضانة أن تزوج بكره ولد زوجته - غالبا - ويود ألا يكون مع أمه فاستثنا الزوج من القريب المحرم ، لأنه - في غالب الأحيان - يعطف على الصغير ويبتغى كرده فلا يكون كارها له مع أمه - زوجته - ، ويوجد أقوال أخرى في سقوط حق الحضانة بالزواج ، يسقط مطلقا بالزواج وهو قول الشافعية لأن الحديث لم يفصل ، وآخر يقول : بأنه لا يسقط بالزواج مطلقا وهو قول الحسن البصري وابن حزم لعدم صحة الحديث كما قالوا . نيل الأوطار ٣٤٩/٦ ، سبل السلام ٢٢٦/٣ .

في منعها من القيام بشئون هذا الصغير الذي لاصلة له به ، بخلاف ما إذا كان الزوج محرماً للصغير ، لأن القوابة المحرمة داعية إلى العطف والشفقة على الصغير - في غالب الأحيان - فلا خوف عليه .

٦- ألا تقيم بالصغير عند شخص يبغضه ولو كان قريباً لهذا الصغير ، لأن الحضانة ماكانت إلا لمصلحة الصغير ، والسكن عند من يبغضه يعرض الصغير للآذى والحاق الضرر به ، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر أدى هذا إلى سقوط حقها في الحضانة .

٧- ألا تكون مرتدة عن الإسلام ، فإذا كانت الأم مسلمة وارتدت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة لأن المرتدة عند الحنفية تحبس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت ، وهي في هذه الحالة لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة .

أما الإسلام فهو شرط عند الشافعية والحنابلة : لأنه لاحضانة لكافر على مسلم ، إذ لا ولاية له عليه ، ولأنه ربما فتنه في دينه .

ولكن الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ، فيصح أن تكون الحاضنة كتابية [مسيحية أو يهودية] لأنه - صلى الله عليه وسلم - خير غلاماً بين أبيه المسلم وأمه غير المسلمة ، فمال إلى الأم ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - [اللهم اهده ، فعدل إلى أبيه]^(١) ولأن أساس الحضانة الشفقة على الصغير وهي متوفرة عند كل حاضنة ولا تأثير للدين في ذلك .

ولكن الذين قالوا بجواز أن تكون الحاضنة غير مسلمة ، اختلفوا في مدة بقائه

(١) رواه أبو داود وغيره ، وقال أصحاب الرأي الأول : بأنه منسوخ أو عمول على أنه - صلى الله عليه وسلم - عرف أنه يستجاب دعائه ، وأنه يختار الأب المسلم . وقصد به بتخييره استمالة قلب أمه .

عندها .

فقال الحنفية : إنه يظل عندها حتى يعقل الأديان ، وهذا ببلوغه سن السابعة ، أو يتضح أن في بقائه معها خطرا على دينه ، بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها ، أو تقوم بتعويده شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير فإنه يأخذ منها ويمسك لمن تستحق الحضانة بعدها .

وقال المالكية : إنه يبقى مع الحاضنة إلى أن تنتهي مدة الحضانة شرعا ، ولكنها تمنع من تغذيته بلحم الخنزير والخمر ، فإن كان هناك خوف من أن تفعل الحرام أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ، ليحفظ الولد من الفساد .

الشروط الخاصة بالرجال :

يشترط في الحاضن من الرجال : أن يكون بالغا عاقلا قادرا على القيام بمصالح الصغير أمينا على تربيته كما يشترط في النساء .

وعند الحنفية : لا بد أن يتحد مع المحضون في الدين ، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع الاختلاف في الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع اختلاف في الدين فلو كان للصغير قريبان في درجة واحدة واختلفوا في الدين تكون الحضانة لمن يوافقه في الدين .

هذا - ومن - كان له حق الحضانة رجلا كان أو امرأة وسقط حقه لسبب من الأسباب ثم زال ذلك السبب يعود إليه الحق مرة ثانية ^(١) .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شليبي ص ٧٦٣ ٧٦٦ ، الفقه الإسلامي وأصله د / وهبه الزحيلي ٧٢٧/٧ ، ٧٢٨ .

ولقد نص مشروع قانون الامارات في المادة ٢١١- | على أن زواج الحاضنة بغير محرم للصغير لايسقط حقها في الحضانة ، وللقاضي أن يمنعها من الحضانة إذا رأى استمرارها منافيا لمصلحة الصغير | .

ولقد نصت المواد - ٢٠٤ ، - ٢٠٥ ، ٢٠٦ - من مشروع قانون الامارات على الشروط السابقة ، مع بيان أنه لو تعدد أصحاب الحق في الحضانة إختار القاضي الأصلح للولد ، وذلك حسب نص المادة - ٢٠٥ - .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد بين أحكام الحضانة في المواد - ١٢٧ - إلى - ١٣٨ - وقد أضاف إلى شروط الحاضن شرطا آخر وهو السلامة من الأمراض المعدية ، وهذا شرط لا بد منه ، وذلك من أجل الحفاظ على صحة المحضون وحياته .

وأضاف هذا المشروع لما سبق - أن الحاضن إذا كان ذكرا ، أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء ، ولا شك أن هذه إضافة جديرة بالاهتمام ، وخصوصا حينما يكون المحضون في المرحلة الأولى من مراحل حياته التي لا يستطيع أن يستغني فيها عن النساء .

ومشروع قانون الامارات قد نص في المادة - ٢١٤ - على أن الحضانة ينتهي الحق فيها بدخول الأثنى وببلوغ الذكر . ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد نص في المادة - ١٣٠ - على الآتي : [تستمر الحضانة حتى يتم المحضون العاشرة من عمره إلا إذا قدر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون] .

والمادة - ١٣٦ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نصت على أن الحضانة تسقط في الحالات التالية :

[١- إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين - ١٢٧ ، ١٢٨- من هذا القانون .

٢- إذا استوطن الحاضن بلدا يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته .

٣- إذا سكنت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة من غير عذر .

٤- إذا سكنت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني] .

وقد نصت المادة - ١٣٧- على أن الحضانة تعود لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها .

ولا شك أن هذا أمر هو موضع اتفاق بين جميع التشريعات والقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية ، فمتى توافرت شروط الحاضنة في المرأة أو الرجل كان مستحقا لهذه الحضانة ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط سقط هذا الحق ، وإذا عادت وتوافرت هذه الشروط مرة أخرى عاد هذا الحق .

٤- أجره الحضانة واستحقاقها ، ومن تجب عليه :

أجره الحضانة : للفقهاء رأيان ^(١) .

إننا إذا نظرنا إلى أن الحاضنة تقوم بعمل من الأعمال نقول : إن ما يدفع لها مقابل هذا العمل فهو أجره ، وإذا نظرنا إلى أن نفقة الطفل واجبة عليه في ماله - إن كان له مال - ثم على أبيه ، ومن جملة ما ينفق عليه الانفاق على الحاضنة التي

(١) الدر المختار ورد المختار ٨٧٤/٢ ، شرح الصغير ٧٦٤/٢ ، الفتاوى الهندية ٤٨٦/١ .

حبست نفسها لأجله تقول : إن مايدفع إليها هو نفقة ، فهي ليست نفقة خالصة ، ولا أجرة خالصة . وعلى أي حال فلن تكون ؟ .

ذهب الجمهور - غير الحنفية - إلى القول : بأنه ليس للحاضن أجرة على الحضانة ، سواء أكانت الحاضن أما أم غيرها ، لأن الأم تستحق النفقة إن كانت زوجة ، وغير الأم نفقتها على غيرها وهو الأب . لكن إذا احتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه وغسل ثيابه ، على مثل هذه الأعمال يكون للحاضن الأجرة .

وذهب الحنفية إلى القول : [بأن الحضانة إما أن تكون أما للطفل أو غير أم ، فإن كانت غير الأم استحققت الأجرة على الحضانة مالم تتبرع بها ، وإن كانت الأم فإنها لاتستحق أجرا على الحضانة إذا كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف في المذهب ، وكذلك إذا كانت معتدة له من طلاق بائن في إحدى الروايتين - وهو مايجري عليه العمل في القضاء المصري - لأنها في تلك الحالات تستحق النفقة على أبي الصغير] ، من أجل الزوجية أو العدة لهذا لاتستحق عليه نفقة أخرى في نظير حضانة ولده لأن الأولى كافية - كما سبق - في أجرة الرضاع ، فإذا لم يكن لها نفقة على الأب لانتهاء عدتها أو لمنعها من المطالبة بنفقة أثناء العدة لمضي سنة من وقت الفرقة بينهما أو لكونها أبرأت زوجها من نفقة العدة في نظير طلاقها هنا تستحق الأجرة على الحضانة .

وقد نصت المادة - ٢١٠ - من مشروع قانون الامارات على ذلك في فقرتها الأولى والثانية .

وقد نصت المادة - ٢٠٧ - في فقرتها الأولى [على أن الحضانة أما كانت أو غيرها تستحق أجرة الحضانة ولو كانت غير محتاجة] .

ونصت في فقرتها الثانية [على أن أجره الحضانة تستحق امن وقت العمل ،
ولا تسقط إلا بالاداء أو الإبراء] .

متى تستحق الأجرة ؟

إذا كانت الأم هي الحاضنة فإنها تستحق الأجرة على الحضانة في الحالات
التي تجب لها فيها من وقت قيامها بأعمال الحضانة ولا يتوقف الاستحقاق على سبق
اتفاق بينها وبين والد الطفل أو قضاء بذلك .

أما غيرها فلا تستحق الأجر إلا من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضي
بها ، فلو قامت بها قبل الاتفاق أو القضاء لا يحق لها المطالبة بالأجر على تلك المدة ،
لأنها مثل سائر الأجور على الأعمال لا تجب إلا بالاتفاق أو القضاء بإقدامها على العمل
قبلها دليل على أنها كانت متبرعة بذلك بخلاف الأم التي تحملها الشفقة الكاملة
على خدمة ولديها دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء .

ولأن الطفل في غالب الأحيان يكون معها في فترة الرضاعة وأثناء العدة وكانت
تقوم بحضنته فليس من المعقول أنها تتركه بعد انقضاء هذه الفترة التي كانت تستحق
فيها نفقة بدون خدمة حتى يتم اتفاقهما على الأجر وقد يحدث النزاع من أجله
فيرفع الأمر إلى القضاء .

وإذا وجبت الأجرة للحاضنة سواء كانت أما أو غيرها فإنها تكون ديناً لا يسقط
إلا بالاداء أو الإبراء ولا يتأثر بمضي المدة ، ولا يموت الصغير ، ولا يموت من وجبت
عليه ، ولا يموت الحاضنة نفسها ولهذا يكون لورثتها حق المطالبة بهذه الأجرة بعد
وفاتها لأنها جزء من تركتها .

من تجب عليه أجرة الحضانة ؟

أجرة الحضانة جزء من النفقة على الصغير لهذا فهي واجبة على من تجب عليه نفقة الصغير .

فإن كان للصغير مال وجبت في ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت على أبيه ، فإن كان الأب موسراً أمر بأداء الأجرة إلى الحضانة ، وإن كان معسراً فلا يخلوا إما أن يكون قادراً على الكسب أولاً .

فإن كان قادراً على الكسب وجبت عليه وأصبحت ديناً في ذمته ، وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ويرجع بها إلى الأب إذا أيسر .

وإن كان الأب المعسر عاجزاً عن الكسب اعتبر غير موجود ، وفرضت الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويطلب بأدائها في الحال إلى الحضانة .

أجرة مسكن الحضانة والخادم :

ذهب الحنفية على المختار - عندهم - والمالكية على المشهور : إلى القول بوجود أجرة مسكن الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن ، لأن من الواضح أن أجرة المسكن تعتبر من النفقة الواجبة للصغير ، فتجب على من تجب عليه نفقته .

وكذلك تجب أجرة الخادم إذا احتاج الصغير إلى خادم ، لأن هذا من لوازم المعيشة ، وهذا يكون - الخادم - إذا كان للصغير مال أو كان من تجب عليه نفقته موسراً تُخدم أولاده .

الحضانة بين الأم والمتبرعة بها :

ذهب الحنفية : إلى القول [بأن المتبرعة بالرضاع تقدم على الأم ، إذا لم ترض بالإرضاع بلا أجر ، أما المتبرعة بالحضانة : فإن كانت غير محرم للصغير ، فلا تقدم على صاحبة الحق في الحضانة ، وإن كانت محرما للصغير فتقدم المتبرعة إذا كانت الأجرة في مال الصغير أو كان الأب مفسرا ، ولا تقدم - المتبرعة - في غير هاتين الحالتين] .

والفرق بين الحالتين : أن المقصود من الرضاع التغذية ، وهذا يتحقق من غير المحارم كالمحارم ، أما الحضانة فإن المقصود بها تربية الصغير وتعمده بالرعاية والعناية ومثل هذه الأمور تحتاج إلى الشفقة والحنان ، ولا شك أن القربة أشق من البعيدة ^(١) .

هـ- مكان الحضانة ، وانتقال الحضانة منه :

مكان الحضانة ^(٢) . إذا كانت الزوجية قائمة بينهما ، فإن مكانها هو مكان الزوجين .

وذهب الحنفية : إلى تفصيل ذلك فيما يأتي :

أ- إذا كانت الأم هي الحاضنة والزوجية قائمة بينهما ، أو كانت الحضانة أثناء العدة من طلاق أو وفاة ، فمكان الحضانة : هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج ، ولا يجوز لها الانتقال به إلا بإذن الزوج ، لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٧٣٢ - ٧٣٥ ، أحكام الأسرة في الإسلام ٧٦٨ - ٧٦٩ .

(٢) الكتاب مع الباب ٣/١٠٦ ، الشرح الصغير ٢/٧٦٢ ، مغني المحتاج ٣/٤٥٨ ، المغني ٧/٦١٨ .

معه حيث يقيم ، والمعدة ملزمة بأن تبقى في مسكن الزوجية ، سواء مع الولد أو بدونه ، لقوله سبحانه : ﴿... لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾^(١) .

ب- أما إذا انتهت العدة بالنسبة للأم المطلقة : فمكان حضانتها هو أيضا مكان إقامة الزوج ، ولا يجوز لها الخروج بالولد - بغير إذن والده - من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت بحيث لا يمكن للوالد أن يشاهد ولده ثم يرجع في نهاره ، إلا إذا انتقلت به إلى وطنها ، وكان قد عقد عليها عقد الزواج فيه . فإذا توافر هذان الشرطان ، الوطن وكونه مكان العقد جاز للأم الانتقال بالمحضون إليه ، وإلا ما جاز لها الانتقال ، ويسقط حقها في الحضانة .

ج- وأما الحاضنة غير الأم كالجدّة أو الأخت ، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ورضاه ، حتى لا يتضرر الولد ، فلو حدث وانتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب ، سقط حقها في الحضانة .

وذهب المالكية : إلى القول : بأن مكان الحضانة للمطلقة بعد انقضاء العدة هو مكان إقامة والد المحضون فليس لها السفر من بلد إلى بلد^(٢) . بمسافة - ١٣٣ كم - فأكثر ، فإن حدث وسافرت إلى مكان يبعد عن بلد إقامة الأب بهذه المسافة يسقط حقها في الحضانة لأن المحضون في حاجة إلى رعاية والده . ولا يسقط حقها في هذه الحضانة إذا كان السفر للتجارة والحج والزيارة ونحو ذلك .

(١) الطلاق / ١ .

(٢) سفر مُقْلَة وانقطاع .

وذهب الشافعية : إلى القول : بأن السفر إذا كان من أحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة لتجارة وحج ، كان المميز وغيره مع المقيم حتى يعود . وإن كان السفر من أحد الزوجين سفر نقله ، فالأب هنا أولى بالحضانة من الأم ، وهذا يكون إذا أمن الطريق وكان البلد المقصود بالسفر آمناً ، وذلك لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق .

أما إذا كان السفر مخوفاً أو كان البلد الذي سوف يسافر إليه مخوفاً ، فهنا المقيم أحق بالحضانة للولد .

وذهب الحنابلة إلى القول : بأنه متى أراد أحد الأبوين أن ينتقل بالمحزون إلى بلد آمن ، مسافة القصر فأكثر ، ليسكنه ، فتسقط حضانة الحاضنة ، والأب أحق بهذا مالم يرد بنقلته مضارته ، فإن أراد بنقلته مضرة الأم ، لم يسقط حقها في الحضانة ^(١) .

وقد نصت المادة - ٢١٥ - من مشروع قانون الامارات في فقرتها موضحة هذا الأمر بما يأتي :

[١- ليس للأم حال قيام الزوجية ، أو في عدة الطلاق الرجعي ، أن تسافر بولدها أو تنقله من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه .

٢- ويجوز لها بعد البيئونة أن تنتقل به إلى بلد آخر إذا لم يكن في هذا النقل إخلال بتربية الصغير ، ولم يكن مضارة للأب وكان لا يكلفه في النقلة لمطالعة أحوال المحزون مشقة أو نفقة غير عاديّتين] .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/ ٧٣٧ / ٧٣٨ .

وقد نص في مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ١٣٥ - [لا يجوز للحاضن السفر بالمحضون إلا بموافقة وليه] .

ماذا لو انتقل الأب أو مايقوم مقامه لبلد آخر ؟

ذهب الحنفية : إلى القول بأنه ليس من حق الأب أو الولي مطلقا إخراج المحضون من بلد أمه بدون رضاها مابقيت حضانتها ، فإذا حدث وانتقل إلى بلد آخر غير بلد الحاضنة فليس له أن يأخذ الولد معه مادامت حضانتها قائمة ، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله ، سواء أكان البلد قريبا أم بعيداً ، وسواء أكان السفر بقصد الإقامة أم التجارة أم الزيارة ، لأن الحضانة حق الحاضنة ، ولا يملك الولي إسقاط هذا الحق^(١) .

حق رؤية الصغير لغير الحاضن :

حق رؤية الصغير لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعا ، وذلك لصلة الرحم ، وهو أمر لاخلاف فيه - بين الفقهاء - من حيث المبدأ وإن اختلفت نظرتهم بالنسبة لبعض التفاصيل : ذهب الحنفية : إلى القول : بأن وجود الولد عند الحاضنة ، يعطي لأبيه حق رؤيته ، بأن تخرجه إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم . وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة ، أو لأن مدة الحضانة قد انتهت ، فلأمه رؤيته ، بأن يخرجها إلى مكان : يمكنها أن تبصر ولدها ، كل يوم . مع ملاحظة أن الحد الأقصى كل أسبوع مرة وهذا كحق المرأة في زيارة أبويها ، والخالة مثل الأم ، ولكن ماجرى عليه القضاء في مصر، تكون زيارتها كل شهر مرة .

(١) الدر المختار ٨٨٥/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٣٨/٧ ، ٧٣٩ .

وذهب المالكية : إلى القول : بأن للأُم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة ، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة . والأب في هذا مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم ، ولكن بعد بلوغه هذا السن ، فله أن يراه من آن لآخر ، أي الاطلاع عليه^(١) .

وقد نصت المادة -٢١٧- من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- إذا كان المحضون عند أحد الأبوين فلا يجوز له أن يمنع الآخرين رؤيته .

٢- وفي حالة المنع أو عدم الرغبة في الذهاب لرؤيته في مكان من هو عنده يعين القاضي موعدا دوريا للرؤية بمكان يتفق عليه الطرفان ، أو تحدده المحكمة إذا اختلفا على ألا يكون بأمكنة الشرطة .

٣- ينفذ حكم الرؤية جبرا إذا امتنع عن تنفيذه من عنده الولد] .

٦- مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها :

الفقهاء - رحمهم الله تعالى - اتفقوا على أن حضانة الصغير تبدأ منذ ولادته إلى سن التمييز ، ولكنهم اختلفوا في بقائها بعد هذا السن .

ذهب الحنفية^(١) : إلى القول : بأن الحاضنة أما كانت أو غيرها أحق بالفلام حتى يصبح مستغنيا عن خدمة النساء ، ويكون مستقلا بنفسه في الطعام والشراب والملبس والاستنجا ، وقدّر زمن هذا الاستقلال بسبع سنين ، لأنه الغالب ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - [مروا أولادكم بالصلاة لسبع ...] والأمر بالصلاة لا يكون

(١) المرجع السابق .

إلا بعد القدرة على الطهارة . وهناك رواية أخرى في المذهب ، أن زمن الاستقلال يقدر بتسع سنين .

أما إذا كانت المحضونة ، هي الفتاة ، فالأم والجدة أحق بها حتى تبلغ بالحيض أو السن ، لأنها بعد الاستغناء - في الطعام والشراب - تحتاج إلى معرفة آداب النساء وخدمة البيت ، والمرأة على ذلك أقدر . وأما بعد البلوغ فهي في حاجة إلى التحصين والحفظ ، والأب في هذا أقوى وأفضل . وبلوغ الصغيرة إما بتسع سنين أو بإحدى عشرة سنة . والسبب الذي أدى إلى الاختلاف بين الغلام والفتاة : هو أن القياس أو الأصل أن يتوقت زمن الحضانة بالبلوغ فيهما جميعا ، لكن ترك القياس أو الأصل في الغلام بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - لما روي أن أبا بكر - رضي الله عنه - قضى يعاصم بن عمر لأمه مالم يشب عاصم ، أو تتزوج أمه . فبقي الحكم في الفتاة على أصل القياس ، ثم إن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والتعلم ، ولأنك أن الأب على ذلك أقدر وأقوم . والفتاة أحوج إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ، والأم على هذا أقدر ، فإذا بلغت احتاجت إلى الحماية والحفظ والصيانة والرعاية ، والرجال على هذا أقدر .

وذهب المالكية^(١) . إلى القول : بأن الحضانة تستمر بالنسبة للغلام إلى البلوغ ، على المشهور ، وفي الأنثى إلى الزواج ودخول الزوج بها ، ولو كانت الأم كافرة وهذا في الأم المطلقة أو من مات زوجها . وأما من كانت في عصمة زوجها فهي حق للزوجين معا . والولد لاخير عند الحنفية والمالكية ، لأنه لا قول له ، ولا يعرف

(١) بدائع الصنائع ٤/٢٣ ، ٤٥ .

(٢) الشرح الصغير ٢/٧٥٤ ، ٧٥٦ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ - ٢٢٥ .

مصلحته ، وقد يختار من يلعب عنده .

وعند الشافعية والحنابلة : ^(١) أن الولد ذكر أو أنثى ، إذا وصل إلى سبع سنين أو ثمان سنين - وهو سن التمييز - وصلح الزوجان للحضانة ، ولو كان أحدهما أفضل من الآخر ديناً أو مالا أو محبة ، وتنازعا في الحضانة ، خير بينهما ، [لأنه - صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه] والصغيرة كالصغير في الانتساب ، ولأن القصد بالحضانة حفظ الولد والمميز أعرف بحظه ومصلحته ، فيرجع إليه ^(٢) .

ولا شك أن ماذهب إليه الحنفية والمالكية ، هو الأرجح بالنسبة للتخيير وعدم التخيير ، في شأن الحضانة ، لأن الصغير وإن كان مميزا لكنه لا يستطيع أن يدرك مصلحته وهو في هذه المرحلة من العمر وخصوصا إذا كان يميل إلى اللعب واللهو ، فلا شك أنه سوف يختار من الأبوين ما يستطيع ، معه أن يلهاها ويلعب .

مصير الصغير بعد انتهاء مدة الحضانة :

ذهب الحنفية : إلى القول : بأنه : إذا انتهت مدة الحضانة بالنسبة للنساء سلم الولد ذكراً كان أو أنثى إلى الأب إن كان موجوداً وصاحب أهلية لضم الولد إليه ، فإن لم يكن موجوداً أو كان موجوداً ولكنه غير أهل لذلك الضم انتقل الحق إلى غيره من العصبات الأقرب فالأقرب حسب الترتيب السابق في استحقاق الحضانة مع ملاحظة أن الأنثى لاتسلم إلى عاصب غير محرم وذلك كابن عمها ، لأنها تكون في سن

(١) مفتي المحتاج ٤٥٤/٣ ، ٤٥٦ ، الملهب ١٧١/٢ ، ١٧٢ ، المغني ٦١٣/٧ - ٦١٦ .

(٢) ويغير الغلام - عند الحنابلة - بشرطين : ١- أن يكون الأيوان وغيرهما من أهل الحضانة ، فإن كان أحدهما ليس أهلاً للحضانة ، أصبح كالمعموم ، لهذا يعمى الآخر . ٢- ألا يكون الغلام مخرّجاً ، لأن المخرّج يكون عند أمه حتى بعد بلوغه ، لأنه بمنزلة الطفل . لفقهاء الإسلام وأحكامه ٧٤٢/٧ ، ٧٤٤ .

تشتبهى وهي غير محرمة عليه فيكون في وجودها معه خطر عليها ، وأما الغلام فلا يوجد خطر في ضمه إلى العاصب غير المحرم . وهذا الضم لاختيار فيه للأب وكذلك العاصب والولد لأن الشارع هو الذي حكم بذلك لما فيه من المصلحة ، وليس لأحد الخيار فيما جاء به الشارع .

ويبقى الغلام عند من ضم إليه حتى يبلغ مأمونا على نفسه ، فإذا بلغ وكان غير مأمون على نفسه بقي عند من ضم إليه حتى يصير مأمونا . أما البنت فإنها تبقى في يد من ضمت إليه حتى تتزوج ، فإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكرا يخشى عليها الفتنة ولو كانت أمينة على نفسها . وكذلك إذا كانت ثيبا غير مأمونة على نفسها ، أما إذا أمنت الثيب على نفسها ، والمن تقدمت بالبكر حتى صارت ذا دراية وحكمة وعرف عنها العفة صارت أحق بنفسها ، بمعنى أنه ليس لأحد أن يجبرها على المقام معه ^(١) .

ويلاحظ أن المحضون إذا بلغ معتوها أو مجنونا ولو كان أنثى يبقى عند أمه مطلقا ، لحاجته إلى من يخدمه ويقوم على شأنه ، ولا شك أن النساء أعرف وأقدر على هذا ، والأم أشفق عليه من غيرها .

وقد نصت المادة - ٢١٨ - من مشروع قانون الامارات على مايجب أن يكون بعد انتهاء مدة الحضانة ، وجاء في فقرتها :

[١- بعد انتهاء أجل الحضانة يقيم الفتى حيث أحب ، إلا أن يكون غير مأمون على نفسه ، فيكون للولي المحرم ضمه إليه .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شيبي ص ٧٨٥ .

٢- ويجوز للقاضي أن يأذن للأنثى المأمونة على نفسها بعد سن البلوغ بالانفراد في السكنى عن الحاضنة ، وعن ولي النفس إذا وجد في ذلك مصلحة ظاهرة لها ، وفي هذه الحالة لاتأثير لانفرادها بالسكنى في استمرار حقها في النفقة على وليها إن كانت تستحق النفقة [.

وينتهي حق الحضانة بدخول الانثى وبالنسبة للذكر عند البلوغ وهذا ما نصت عليه المادة - ٢١٤ - من مشروع قانون الإمارات وكذلك المادة - ١٣٠ - من مشروع دول مجلس التعاون كما سبق .

" المبحث الرابع "

في الولاية

ويشتمل على الآتي :

أ - الولاية على النفس :

- ١- الولي على النفس والعمل المطلوب منه .
- ٢- شروط الولي على النفس .
- ٣- انتهاء الولاية على النفس .

ب - الولاية على المال :

- ١- الولي على المال .
- ٢- شروط الولي على المال .
- ٣- تصرفات الولي على المال

الولاية :

تمهيد :

سبق عند الحديث على الولاية في الزواج أن أوضحت معنى الولاية ، وأنها تنقسم إلى قسمين : ولاية على النفس ، وولاية على المال . والولاية على النفس : هي الإشراف على أحوال القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج . والولاية على المال : هي الإشراف على أحوال القاصر المالية من استثمار لها وتصرفات كالبيع والإجارة وغير هذا . وسوف يكون الكلام بمشيئة الله تعالى في هذا البحث عن هاتين الولايتين بإيجاز .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ١٥٩ - على الآتي : [الولاية : ولاية على النفس ، وولاية على المال .

- أ - الولاية على النفس هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر .
- ب - الولاية على المال هي العناية بكل ما له علاقة بمال القاصر] .

أ - الولاية على النفس :

١ - الولي على النفس والعمل المطلوب منه :

سبق أن اتضح أن الصغير منذ ولادته حتى السابعة أو التاسعة إن كان ذكراً ، أو سن التاسعة أو الحادية عشرة إن كان أنثى يكون عند الحاضنه ، أمه أو عند من يليها من النساء ، لأن الولاية في هذه الفترة النساء أولى بها من الرجال ، ثم بعد ذلك تنتقل الولاية إلى الرجال في الفترة التالية ليقوموا بإكمال تربية الطفل والمحافظة عليه وصيانتته حتى البلوغ ومباشرة عقد الزواج نيابة عنه إذا كان قاصراً .

وقد نصت المادة - ٢٤٤ - من مشروع قانون الإمارات على الآتي : | يخضع للولاية على النفس الصغير إلى أن يتم سن البلوغ عاقلاً ، كما يخضع لها البالغ المجنون أو المعتوه [.

الولي على النفس :

عند الحنفية : ^(١) هو الابن ثم الأب ثم الجد أبو الأب ، ثم الأخ ، ثم العم ، بمعنى أن الولاية على النفس تثبت عندهم على القاصر للعصبات بحسب ترتيب الإرث : البنوة ، فالأبوة ، فالأخوة ، فالعمومة . ويقدم الشقيق على من كان لأب فقط . فإن لم يوجد أحد من العصبات انتقلت ولاية النفس إلى الأم ثم باقي ذوي الأرحام .

وعند المالكية : ^(٢) تثبت هذه الولاية على الترتيب الآتي : البنوة ، ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الأجداد ثم العمومة . فالولي على النفس عندهم : هو الابن وابن الابن ، ثم الأب ثم وصيه ، ثم الأخ الشقيق وابنه ، ثم الأخ لأب وابنه ، ثم الجد أبو الأب ، ثم العم وابنه . ويقدم الشقيق منهما على غير الشقيق ، ثم القاضي في هذا العصر .

ويجبر الولي على أخذ القاصر بعد انتهاء حضنته ، لأن الولاية على النفس حق من حقوق المولى عليه ^(٣) .

وقد نصت المادة - ٢٤٥ - على أصحاب الحق في هذه الولاية فجاء بها :

(١) الدر المختار ٤٢٦/٢ ، ٤٢٨ .

(٢) المقوانين الفقهية ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٧٤٧ .

١- [الولي على النفس هم العصابة بالنفس المحارم حسب ترتيبهم في الإرث مع مراعاة حكم الفقرة ٢ - من المادة ٣١ - ويقدم الجد الصحيح على الأخوة] .

٢- وعند تعدد المستحقين للولاية في درجة واحدة وقوة قرابة واحدة تختار المحكمة أصلهم للولاية .

٣- وإن لم يوجد مستحق عينت المحكمة وليا على النفس من أقارب القاصر إن وجد فيهم صالح للولاية ، وإلا فمن غيرهم] .

ونصت المادة - ١٦٠ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون على : [

الولاية على النفس للأب ، ثم للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث] .

وبالنسبة للشروط التي تشترط في الولي نصت المادة - ١٦٢ - على أنه : [

يشترط في الولي أن يكون بالغاً ، عاقلاً ، أميناً ، قادراً على القيام بمقتضيات الولاية] .

ونصت المادة - ١٦٣ - على أنه : [لا ولاية لغير المسلم على المسلم] .

والعمل المطلوب منه : التأديب والتهذيب ، وكذلك رعايته صحياً ونمو جسمه ، والإشراف على تعليمه وتثقيفه ، وكذلك الزواج . وإذا كان القاصر أنثى يجب عليه حمايتها وصيانتها ، ولا يجوز لوليها أن يسلمها إلى من يعلمها صناعة تختلط من خلالها بالرجال .

وقد نصت المادة - ٢٤٦ - من مشروع قانون الإمارات على عمل الولي على النفس وهو :

[الإشراف على شئون المحضون ، وحفظه وتربيته وتعليمه وتوجيه حياته وإعداده إعداداً صالحاً ، والموافقة على التزويج] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص - كما سبق - في المادة - ١٥٩ - في فقرتها الأولى على هذا المعنى .

٢ - شروط الولي على النفس :

يشترط في الولي على النفس : البلوغ والعقل - أي يكون مكلفاً - وأن يكون قادراً على تربية الولد ، وأميناً على أخلاقه ، وأن يكون متحداً مع المولى عليه في الدين .

فالولاية لا تكون لغير البالغ ، ولا لغير العاقل ، ولا لسفيه مبذر ، لأن هؤلاء في حاجة إلى من يتولى شؤونهم ، والفاسق الماجن الذي لا يبالي بما يفعل لا ولاية له لأنه يضر بأخلاق القاصر وماله ، وكذلك لا ولاية لمهمل للولد كأن يتركه مريضاً ، دون أن يحاول علاجه مع القدرة على ذلك ، أو كأن يحول بينه وبين التعليم مع صلاحية الولد لذلك ، لأن هذا ضرر بمصلحة القاصر ، وكذلك لا ولاية لغير المسلم على المسلم لأنه سبحانه وتعالى يقول : [ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً]^(١) .

وقد نصت المادة - ٢٤٧ - من مشروع قانون الإمارات على بعض هذه الشروط : [يشترط في ولي النفس : أن يكون أميناً على نفس القاصر ، قادراً على تدبير شؤنه ، متحداً معه في الدين ، وألا يكون هو تحت ولاية لغيره على نفسه] .

وكذلك نصت المادة - ١٦٢ من مشروع دول مجلس التعاون على بعض هذه

(١) النساء / ١٤١ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٢٤٧ ، ٧٤٨ .

الشروط فجاء بها | يشترط في الولي أن يكون بالغا ، عاقلا ، أمينا ، قادراً على القيام بمقتضيات الولاية | ثم أكمل هذه الشروط في المادة - ١٦٣ - فنص فيها | لا ولاية لغير المسلم على المسلم | .

فإذا لم تتوافر الشروط السابقة في القريب العاصب أصبح غير أهل لهذه الولاية وانتقلت إلى من يليه من الأقرباء ، فإن لم يكن لللقاضي أن يختار رجلاً أميناً قادراً على القيام بمصالح هذا الصغير .

ونصت المادة - ٢٤٨ - من مشروع قانون الإمارات على سلب الولاية ، وجاء فيها ما يأتي :

١- | تسلب الولاية حتماً عن ولي النفس في الحالات الآتية :

أ - إذا طرأ الخلل في بعض شرائط الولاية المبينة في المادة السابقة .

ب- إذا قدم الولي للمحاكمة في أية جريمة مخلة بالشرف كالاغتصاب أو هتك العرض أو الدعارة .

ج- إذا صدر على الولي حكم في جنائية أوقعها هو أو غيره على نفس المولى عليه .

٢- وفي الحالة المنصوص عليها في البند - ب - إذا حكم ببراءة الولي جاز للمحكمة المختصة النظر في رد الولاية إليه بناء على طلبه أو طلب النيابة العامة | .

وقد نصت المادة - ٢٤٩ - بعد ذلك على ما يأتي :

[١- يجوز سلب الولاية عن ولي النفس ، كلياً أو جزئياً ، دائماً أو مؤقتاً ،

في الأحوال الآتية :

أ- إذا حكم على الولي بالسجن .

ب- إذا أصبح الولي عليه عرضة للخطر الجسيم في سلامته أو أخلاقه ، أو تعليمه . بسبب سوء معاملة الولي له ، أو سوء القدوة نتيجة لاشتغال الولي بفساد الصيرة ، أو الالتماس على المسكرات أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية .
ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر حكم بعقوبة على الولي بسبب شيء مما ذكر .

ج- إذا ارتكب الولي عليه جناية .

٢- ويجوز للمحكمة بدلا من سلب الولاية في الأحوال المتقدمة ، أن تعهد بالقاصر إلى إدارة احد المعاهد الخيرية أو المؤسسات الاجتماعية [.

وقد نصت المادة -٢٥٠- على الآتي | للمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب سلطة التحقيق أن تعهد مؤقتا بالقاصر إلى شخص مؤتمن ، أو إلى معهد خيري ، أو مؤسسة اجتماعية حتى يثبت في موضوع الولاية [.

أما المادة - ٢٥٢ - فقد نصت على : [إذا سلبت ولاية الولي عن بعض من تحت ولايته ، وجب سلبها عن باقيهم] ، أما نص المادة - ٢٥٣ - فقد جاء بها :
[١- وإذا قضت المحكمة على ولي النفس بسلب ولايته ، أو الحد منها ، أو وقفها ، انتقلت الولاية إلى من يليه في الترتيب إن كان أهلا .

٢- فإن أبى أو كان غير أهل جاز للمحكمة أن تعهد بالولاية إلى من تراه أهلا ، ولو لم يكن قريبا للقاصر ، أو أن تعهد بهذه الولاية إلى إدارة أحد المعاهد الخيرية ، أو المؤسسات الاجتماعية [.

ومشروع دول مجلس التعاون قد نص في المادة - ١٦٤ - على سلب الولاية :
[تسلب الولاية إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين السابقتين] والشروط المذكورة
في هاتين المادتين - ١٦٢ ، ١٦٣ - هي الشروط الخاصة بالولي .

٣- انتهاء الولاية على النفس :

عند الحنفية : تنتهي الولاية على النفس في حق الغلام بعلامات البلوغ
الطبيعية ^(١) ، فإن لم تكن قبالسن وهو خمسة عشرة سنة ، وكان عاقلا مأمونا على
نفسه وإلا بقي في ولاية الولي .

وأما في حق الأنثى ، فتنتهي هذه المرحلة بزواجها ، فإن تزوجت صار حق
إساکها لزواجها ، وإن لم تتزوج استمرت ولاية الغير عليها إلى أن تصبح مسنة مأمونة
على نفسها ، فلها بعد ذلك أن تنفرد بالسكنى ، أو تسكن مع أمها . والحنفية لم
يحددوا هذه السن ، والظاهر من كلامهم أنها تصبح عجوزا لا يرغب فيها الرجال .
ولكن القضاء المصري أجاز للأنثى إذا بلغت سن الرشد - ٢١ سنة - أن تنفرد
بالسكنى عن ولي النفس ، إذا كانت مأمونة على نفسها ولا يخشى عليها الفتنة .

وعند المالكية : تنتهي الولاية على النفس بزوال سببها ، وسببها الصغر وما
كان في معناه : وهو الجنون والعته والمرض . وأما الأنثى فلا تنتهي الولاية عليها إلا
بدخول الزوج بها ^(٢) .

(١) وهي الاحتلام في كل من الفتى والفتاة ، والحيض بالنسبة للفتاة بدل على ذلك ما رواه أحمد والنسائي
أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما عرض عليه بنو قريظة فحكم بقتل من كان عظميا [

نيل الأوطار ٢٦٢/٥ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٧٤٩/٧ .

وإني أرجح ماذهب إليه الفقهاء بالنسبة للفتاة عما قضى به القضاء المصري ، لأن الفتاة في هذه السن مهما كانت مأمونة على نفسها ، فهي غير مأمونة على نفسها فالأولى بل الواجب أن تظل حتى تصبح في كنف رجل ، أو تتقدم في السن حتى تصبح غير مرغوبة عند الرجال .

ب - الولاية على المال :

الولاية على المال : هي السلطة التي يملك بها الولي التصرف في شئون المولي عليه ، وهي الشئون المالية من بيع وشراء وإجارة ورهن وغير ذلك .

وقد نص على هذا مشروع قانون الإمارات في المادة - ٢٦٠ - فقد جاء بها : [يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون] .

وكذلك مشروع دول مجلس التعاون قد نص في المادة - ١٦٥ - : | تكون الولاية للأب على أموال ولده القاصر حفظاً ، وتصرفاً ، واستثماراً | .

وهذه الولاية تكون على الماجزين عن تدبير شئونهم المالية من الصغار والمجانين والمعتاهين باتفاق الفقهاء ، كما تكون على السفهاء عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة .

أما الصغير : فإنه يمر بمرحلتين حتى يصل إلى البلوغ .

المرحلة الأولى : مرحلة عدم التمييز وتنتهي عادة ببلوغ سن السابعة وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه تامة ، فالولي يقوم بجميع تصرفاته ، لأن الصغير في هذه المرحلة لا إدراك له ولا تمييز ومن ثم لا تكون له عبارة معتبرة ، فالتصرفات التي تصدر منه تكون باطلة .

المرحلة الثانية : فإذا بلغ من السابعة من عمره بدأت هذه المرحلة وهي مرحلة التمييز وفيها يستطيع أن يدرك الفرق بين النافع والضرر بصورة عامة ، فيدرك أن معنى بعت إخراج الشيء من حيازته ، ومعنى اشتريته إدخال للمشتري فسي حيازته ، بهذا تتحقق له أهلية التصرف الناقصة تحتاج معها إلى رأي الولي ، لهذا نرى فقهاء الحنفية قد قسموا تصرفاته في هذه المرحلة إلى ثلاثة أنواع :

أ- تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، كقبول الهبة أو الوصية أو الوقف أو الهدية ، وهذه تصح منه وتنفذ ولا تتوقف على إذن الولي .

ب- تصرفات ضارة ضرراً محضاً كهبته ماله وإبراء الدين له من الدين ، وهذه التصرفات باطلة لا تنفذ حتى ولو أجازها الولي ، لأن الولي ممنوع من هذه التصرفات بالنسبة لمال الصغير بنفسه فمن باب أولى لا يملك الإجازة بالنسبة لها .

ج- تصرفات تترددين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وعقود المعاوضات كلها ، وهذه العقود تصح باعتبار أهليته الناقصة ، ولكنها تتوقف على رأي الولي . إن أجازها نفذت إذا رأى أن جانب النفع فيها هو الغالب ، وإن ردها بطلت إذا وجد أن جانب الضرر فيها هو الغالب . وتستمر هذه المرحلة إلى البلوغ^(١) .

(١) وهو بالعلامات الطبيعية إن وجدت ، وإذا لم توجد فبالسن: وهو عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة ، وخلاف أبو حنيفة فجعله ثماني عشرة سنة للفتي ، وسبع عشرة سنة للفتاة ، وجعله مالك ثماني عشرة سنة لهما . واستند الجمهور بالنسبة لهذا السن - خمس عشرة سنة - على ما رواه الجماعة عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : [عُرضت على النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزي ، وعُرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني] نيل الأوطار ٢٨٢/٥ ، هنا دليل أن هذا أدنى سن للبلوغ .

١- الولي على المال :

عند الحنفية : تثبت الولاية المالية عندهم ، للأب ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للجد الصحيح وهو أب الأب وإن علا ، ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للقاضي ، ثم لوصي القاضي .

وعند المالكية والحنابلة : فإن هذه الولاية المالية تثبت ، للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاض ، ولم يجعلوها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصيا من قبل الأب أو القاضي . قالوا : لأنه لا يدل إلى الصغير بنفسه وإنما يدي إليه بالأب فلا تكون له ولاية على مال الصغير كالأخ .

وعند الشافعية : فهذه الولاية للأب أولا ، ثم للجد ، ثم لوصي من تآخر موته منهما ، ثم للقاضي ثم لمن يقيمه وصيا ، وهم بهذا خالفوا الأئمة في تقديم الجد على وصي الأب ، لأن الجد مثل الأب عند عدمه لوفور شفقتة كالأب ، ولهذا تثبت له ولاية التزويج . وتستمر هذه الولاية حتى يبلغ القاصر سن الرشد^(١) . فإذا بلغ رشيدا ، ثم طرأ عليه الجنون أو ما يشبه ذلك كالعته مثلا ، فهل تعود الولاية عليه ؟

(١) حينما يبلغ عقلا تكمل أهليته ، وهذا غير الرشد : وهو أن يحسن التصرف في المال بحيث لا ينفقه إلا على مقتضى العقل والشرع ، وجمهور الفقهاء لم يحددوا سنا معينة للرشد ، لأنه أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، وجعلوا ذلك للتجربة ، وهذا ما ذهب إليه صاحبان من الحنفية أيضا . وطيل هذا الرأي قوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ إل قوله : فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ النساء / ٥ ، ٦ . وهذا معناه إذا ثبت الرشد بالفعل سلم إليه ماله . ولكن أبا حنيفة قال : يستمر ذلك إلى خمس وعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله وإن لم يرشد بالفعل ، لأن هذا السن هو أعلى مرحلة من الممكن أن يهذب فيه .

قال الحنفية والشافعية : في الراجح عندهم : إن الولاية تعود لمن كانت له قبل البلوغ ، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، بمعنى إذا وجدت علة الولاية وجدت الولاية . وقال المالكية والحنابلة : لاتعود الولاية لمن كانت له ، وإنما تكون للقاضي ، لأن الولاية سقطت بالبلوغ عاقلا ، والساقط لا يعود^(١) .

وجاء نص المادة - ٢٥٧ - من مشروع قانون الإمارات موضحة هذا : | تكون الولاية على مال القاصر أو الحمل للأب ثم للجد الصحيح إن لم يكن الأب قد أختار وصيا ولا يجوز لأحد منهما التخلي عن ولايته إلا بإذن المحكمة] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١٦١ - على الآتي : [الولاية على المال للأب وحده] .

وبهذا يتضح أن مشروع الإمارات قد أخذ برأي الجمهور في الولاية على المال . أما مشروع دول مجلس التعاون فقد أخذ برأي المالكية والحنابلة فلم يجعل للجد ولاية إلا إذا كانت من طريق الأب أو القاضي كوصي .

٢- شروط الولى على المال :^(٢)

يشترط لثبوت الولاية على المال ماسبق اشتراطه من أجل الولاية على النفس ، وهو ما يأتي :

١- أن يكون الولي كامل الأهلية ، وهذا يكون بالبلوغ والعقل والحرية ، لأن فاقد الأهلية أو ناقصها ، هو غير أهل للولاية على مال نفسه ، لهذا لا يكون أهلا للولاية على مال غيره ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٩٩ - ٨٠٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/ ٧٥٠ .

(٢) الدر المختار ٢/ ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

٢- ألا يكون سفيهاً ميئزراً محجوراً عليه : لأنه لن يلي أمور نفسه ، فمن باب أولى لا يلي أمور غيره .

٣- أن يكون متجهد الدين مع القاصر ، بمعنى أن الأب لو كان غير مسلم فلا يلي أمور ابنه المسلم .

وقد نص مشروع الإمارات في المادة - ٢٥٨ - على هذا المعنى تقريباً | لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بها له هو] .

وكذلك نص مشروع نول مجلس التعاون في المادة - ١٦٢ - على هذا فقد جاء بها : [يشترط في الولي أن يكون بالغاً ، عاقلاً ، أميناً ، قادراً على القيام بمقتضيات الولاية] . وهذا هو المشار إليه سابقاً في الولاية على النفس .

٣- تصرفات الولي على المال :

الولي حينما يباشر تصرفاته في مال القاصر فهو مقيد بمصلحة المولى عليه ، فلا يجوز مباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، كهبة جزء من مال المولى عليه أو التصديق به أو وقفه ، فإذا صدرت منه كانت باطلة . ولكن التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية والوقف والصدقة فله أن يباشرها ، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مثل البيع والشراء والإجارة بشرط ألا يكون فيها ضرر . فإن كان فيها ضرر كانت باطلة ، هذا إجمال لحكم التصرفات ، أما تفصيل هذه التصرفات فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها .

تصرفات الأب : الأب إذا كان مبدرا ومسرفا فلا ولاية له على مال القاصر ، ويجب عليه أن يسلم المال إلى وصي يختاره ، فإن كان غير مبدر ، فتكون الولاية له على مال القاصر ، وله عند الحنفية والمالكية : بيع مال القاصر والشراء له ، سواء كان المال من المنقولات أو العقارات مادام العقد يكون بمثل الثمن أو بغبن يسير ، وهو ما يتغابن فيه عادة . ولا يتغذ على القاصر البيع أو الشراء بغبن فاحش ، وهو مالا يتغابن فيه الناس عادة .

وله أن يبيع ماله لولده الصغير ، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل الثمن أو بغبن يسير ، وهو الذي يتولى طرفي العقد ، وعبارته تقوم مقام الإيجاب والقبول ، وهو استثناء من مبدأ تعدد العاقد - العاقلين - بالنسبة للعقود المالية ، وهذا لأنه صاحب شفقة كبيرة بالنسبة لولده لانتفوق في غير الأب .

وقد سبق أن الولي ليس من حقه أن يتصرف بما فيه ضرر بالنسبة لمال الصغير ، أيا كان هذا الولي ، الأب أو غيره ، لهذا ليس للأب أن يتبرع بشيء من مال الصغير . لأن هذا يضر بمال الصغير .

ولكن يجوز للأب عند أبي حنيفة ومحمد أن يرهن مال القاصر في دين على الأب ، وقالوا في هذا : أن الأب له أن يودع مال القاصر اتفاقا فيكون له رهنه من باب أولى ، لأن الوديعة إذا هلكت بدون تعدي أو تقصير في الحفظ لاتضمن ، والرهن إذا هلك عند المرتهن يكون مضمونا على كل حال ، أي إذا هلك بالتعدي أو بدون تعدي .

وعند أبي يوسف وزفر لايجوز ، لأن في الرهن تعطيل لمنفعة المال لأنه يبقى محبوسا إلى أن يسدد الدين وقد يطول هذا الحبس لمجزر الأب عن سداد دينه ،

بخلاف الإيداع فالأب يستطيع أن يسترده في أي وقت ، والإيداع يقصد به حفظ المال وهذه منفعة تعود على صاحب المال ، ولكن الرهن منفعته عائدة إلى الأب .

ورغم أن هذا الرأي له وجهاته ولكن الراجح هو قول أبي حنيفة ومحمد لأنه مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يقول به القول الآخر^(١) .

وقد نص مشروع قانون الإمارات في المادة - ٢٦٦ - على | لا يجوز التبرع بمال القاصر أو بمنافعه إذا تبرع أحد بشيء من ذلك كان تبرعه باطلا وموجباً لضمانه ومسئوليته [.

وكذلك نص في المادة - ٢٦٥ - | لا يجوز للولي إقراض مال القاصر ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة [.

ونص في المادة - ٢٦٦ - | لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلا ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة | .

والمادة - ٢٦٨ - من هذا المشروع نصت على | لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للقاصر محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة | .

وواضح من هذه النصوص أن المشروع منع الولي من أي تصرف فيه ضرر يعود على مال القاصر .

وكذلك نص في المادة - ٢٧٠ - على جواز تعاقد الأب مع نفسه سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لغيره . فقد جاء بها | للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك | .

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شليبي ص ٨١١ ، ٨١٢ ، الفقه الإسلامي ، وكتبه ٧٥٢٧

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ١٦٧ - في الفقرة (٣) |
قبول التبرعات المشروعة لصالح ولده ، إذا كانت خالية من التزامات مجحفة | والفقرة
(٤) [الإنفاق من مال ولده على من وجبت لهم النفقة عليه] .

وهذا مانص عليه مشروع الإمارات في مادتيه - ٢٦٨ - السابقة والمادة - ٢٧٣ -
- فقد جاء بها [اللوي بإذن من المحكمة أن ينفق على نفسه من مال القاصر إذا كانت
نفقته واجبة عليه وأن ينفق منه على من تجب على القاصر نفقته] .

وكذلك نصت المادة - ١٦٨ - من مشروع مجلس التعاون على : شراء ملك
ولده لنفسه ، وبيع ملكه لولده في فقرتيها (١) ، (٢) .

الوصي المختار :

الوصي نوعان :

- ١- الوصي الذي يعينه الأب أو الجد للإشراف على أموال أولاده أو أحفاده .
 - ٢- الوصي الذي يعينه القاضي للإشراف على التركة والأولاد .
- نص على هذا الوصي مشروع الإمارات في المادة - ٢٨٤ - في فقراتها الثلاث .
وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون على هذا في المادتين - ١٧١، ١٧٢ - .

شروط الوصي :

- ١- البلوغ ٢- العقل ٣- الإسلام ٤- العدالة .
- ومشروع قانون الإمارات قد نص في المادة - ٢٨٣ - على الشروط الخاصة بهذا
الوصي .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص على هذه الشروط في المادة - ١٧٣ - .

فلا ولاية للصبي ، لأنه قاصر ولا ولاية للمجنون ، لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، وكذلك لولاية لفاسق لأن تولي شئون الغير يحتاج إلى استقامة ونزاهة وورع .

ويصح الإيصاء للمرأة كما قال بذلك أكثر الفقهاء ، حيث أن عمر - رضي الله عنه - أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين ، ولأن شهادتها وتصرفاتها المالية صحيحة كالرجل ، فتجوز وصايتها .

وكذلك يصح الإيصاء للأعمى في رأي جمهور الفقهاء ، لأنه يحسن التصرف كالبصر ، وتصح شهادته وولايته في الزواج وعلى أولاده الصغار ، فصح الإيصاء إليه .

تصرفات الوصي المختار :

وصى الأب أو الجد يملك ما يملكه الأب إلا فيما يختلف فيه من ناحية عدم توافر الشفقة المتوفرة عند الأب :

١- بيع العقار : الوصي المختار لا يملك بيع عقار القاصر إلا إذا كان هناك المسوغ الشرعي ، أو يكون في بيعه نفع ظاهر له .

والمسوغ الشرعي : كديون على التركة لا يمكن إيفائها إلا بهذا البيع ، وكذلك بدين على القاصر .

وجود وصية مرسلة وهي التي تكون بمقدار من المال كآلف درهم مثلا وليس في التركة نقود أو عروض تباع لتنفيذها فلا بد من البيع لأنه لاميراث إلا بعد تنفيذ الوصية ، أما إذا كانت مقيدة بالثلث مثلا فلا يباع العقار ويكون الموصي له شريكا للورثة بمقدار الوصية .

أن يكون القاصر في حاجة إلى النفقة ولا يمكن تدبير هذه النفقة إلا ببيع العقار.

أن يكون المبنى الذي يملكه الصغير أو شك على السقوط ، ولا توجد نقود عند الوصي لترميمه .

٢- بيع الوصي مال نفسه للصغير أو شراء ماله لنفسه . فإنه - كما سبق - يصح للأب أن يبيع ماله للصغير وأن يشتري مال الصغير لنفسه متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو يقين يسير . فإن هذا لا يصح من الوصي إلا إذا كان فيهما نفع ظاهر للقاصر ، ويتحقق هذا النفع في رأي أبي حنيفة بأن يبيع العقار للقاصر - عقار الوصي - بنصف القيمة ، ويشتري عقاره - عقار الصغير - بضعف القيمة . وفي غير العقار : أن يبيع له بنقص ثلث القيمة ، ويكون الشراء بزيادة نصف القيمة ، مثل أن يبيع له ما قيمته خمسة عشرة بعشرة ، ويشتري منه ما قيمته عشرة بخمسة عشر . وقال أصحابان والفقهاء والآخرين : لا يجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الصغير مطلقا .

القاضي ووصيه :

عند عدم الأب والجد ووصيهما ، تنتقل الولاية للقاضي ، لماله من الولاية العامة ، فله حق التصرف في مال القاصر بنفسه بما فيه المصلحة ، لكن العادة جرت على أنه لا يشرف بنفسه على أموال الصغير ، بل يعين وصيا من قبله يسمى - وصي القاضي - وهو كوصي الأب إلا في بعض الأمور أهمها .

١- ليس لولي القاضي أن يشتري شيئا لنفسه من مال القاصر ولا أن يبيع ، كما كان هذا للوصي المختار إذا كان في هذا منفعة ظاهرة للقاصر ، كما سبق .

٢- الوصي المختار له أن يعين وصيا بعد وفاته على مال القاصر ، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا أعطى له القاضي هذا الحق في قرار تعينه .

٣- وصي القاضي قابل للعزل ولو كان عدلا مادامت مصلحة القاصر تقتضي هذا ، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله ، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلا كافيا ، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل^(١) .

وقد نص مشروع الإمارات في المادة - ٢٩٢ - على | يتسلم الوصي أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور [.

وكذلك نص مشروع قانون الإمارات في المادة - ٢٩٤ - على التصرفات التي يباشرها الوصي بإذن المحكمة .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١٧٦ - فقرة (ب) | تعتبر مباشرة الوصي لها مه قبولاً منه للإيصاء | .

انتهاء الولاية والوصاية :

١- تنتهي الولاية والوصاية على المال بزوال سببها وهو الصغر وبلوغه سن الرشد ، ويعرف سن الرشد عن طريق الاختبار والتجربة . فإذا اتضح رشده . سلمت إليه أمواله وزالت الولاية عنه .

٢- يعزل الوصي إذا وجد من الأسباب ما يوجب ذلك أو قبول استقالته .

(١) رد المحتار ٦٣١/٥ ، ٦٣٣ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٢٧ - ٨٣٠ ، الفقه الإسلامي وأدلة

٧٥٧/٧ - ٧٦٠ .

٣- إذا فقد الوصي أهليته أو ثبتت غيبته بحيث يصبح القاصر غير منتفع بهذه الوصاية .

٤- إذا عادت الولاية للولي أبا أو جدا بعد سلب المحكمة لها لسبب من الأسباب وكانت قد عينت وصيا بدله ، ثم زال هذا السبب وأمرت المحكمة بإعادتها .

"المبحث الخامس" "في نفقة الآل والاعقاب"

ويشتمل على الآتي :-

١- تمهيد :

- أ- القرابة التي توجب النفقة .
- ب- الأسس التي يقوم عليها نظام النفقات .

٢- نفقة الفروع على الأصول .

٣- نفقة الأصول على الفروع .

٤- نفقة الحواشي .

١- تمهيد :

في القربة التي توجب النفقة والأسس التي يقوم عليها نظام النفقات :
أ- من التكافل الاجتماعي في الإسلام نفقة الأقارب ، وهذه النفقة قررها الكتاب الكريم في كثير من آياته ، وجاءت السنة شارحة لما أجمله القرآن الكريم في هذا .

يقول سبحانه : ﴿ وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعمهما وصاحبهما في الدنيا معروفا ﴾ ^(١) نزل هذا القرآن الكريم في الأيوين الكافرين ، والمتصود بالمصاحبة بالمعروف حسن العشرة - كما فسرهما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأن يطعمهما إذا جاعا ، ويكسوهما إذا عريا ^(٢) . ويقول سبحانه ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... ﴾ إلى قوله سبحانه ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ^(٣) .

أما السنة فهي أحاديث كثيرة منها :

مارواه النسائي عن طارق المحاربي قال : قدمنا المدينة فإذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قائم على المنبر يخطب الناس ويقول : [يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك] ^(٤) .
ومارواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها : أنها قالت : [دخلت

(١) لقمان / ١٢ . (٢) تبيين الحقائق ٦٢/٣ .

(٣) البقرة / ٢٣٣ .

(٤) نيل الأوطار ٣٤٦/٦ . ومعنى تعول : أي قام بما يحتاجون إليه من قوت وكسوة . نقله الشوكاني عن صاحب فتح الباري المرجع السابق .

هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلاما أخذت من ماله بغير علمه فهل علي في ذلك من جناح ؟ ، فقال : | خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك [^(١)] .

فهذه النصوص توجب النفقة للأقارب في جملتها ، وقد تنوعت دلالة هذه النصوص فمنها التطعي ومنها الظني ، ومنها ما صح عند بعض الأئمة ولم يصح عند البعض الآخر لهذا اختلف الأئمة فيمن تجب له هذه النفقة .

ذهب الحنفية : إلى القول بأن القرابة التي توجب النفقة هي القرابة المحرمة للزواج فتجب على الشخص لكل قريب تربطهما قرابة محرمة ، وهي تشمل الأصول والفروع والمحامر من الحواشي كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، أما القريب غير المحرم فلا تجب له نفقة كأولاد العم والعمة وأولاد الخال والخالة .

واستدلوا على ذلك بما سبق من الأدلة التي توجب النفقة لكل من الأصول والفروع والأقارب الوارثين ، ولكنهم قيّدوا الوارثين بالمحارم بما روي أن عبد الله ابن مسعود - رضي الله عنه - كان يقرأ آية البقرة [وعلى الوارث مثل ذلك] بزيادة [ذي الرحم المحرم] ومعلوم أن هذه الزيادة لم تثبت قرآنيّتها لعدم تواترها إلا أنها تعتبر تفسيراً وبياناً مسموعاً من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - .

ومعلوم أن القرابة المحرمة قرابة قوية ، لهذا استحققت العناية والمحافظة عليها من القطيعة فوجبت النفقة لها دون غيرها ، ولنفس هذا المعنى كان تحريم

(١) سبل السلام ٢١٧/٣ .

الزواج من هذه القرابة .

وذهب الإمام مالك : إلى القول : بأن نفقة الأقارب تنحصر في قرابة الأولاد المباشرين فقط ، فتجب للأب والأم على الولد ذكرا كان أم أنثى ، وتجب على الأب لأولاده ولا تجب على الأم نفقة لأولادها ، ولا تجب لغير هؤلاء نفقة على أحد من أقاربهم ^(١) .

واستدل على وجوب النفقة للوالدين بآيات كريمة أوجبت ذلك ، في قوله سبحانه : ﴿ وبوالوالدين إحسانا ﴾ ^(٢) وفي قوله ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفا ﴾ ^(٣) وقوله - صلى الله عليه وسلم - [أنت ومالك لأبيك] .

أما وجوبها للأولاد فبقوله سبحانه : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ^(٤) فهذه النصوص صريحة فيهما فيقتصر على ماورد فيه النص .

ب - الأسس التي يقوم عليها نظام النفقات :

١- نفقة الشخص لا تجب له على شخص آخر إلا إذا كان محتاجا ولم يكن له مال ، لأن الأصل في نفقة الإنسان أن تكون في ماله صغيرا كان أو كبيرا ، ولا يخرج عن ذلك إلا الزوجة فإن نفقتها تجب على الزوج ولو كانت موسرة ، لأن نفقتها لم تجب عليه لحاجتها بل لكونها محبوسة لحق الزوج عليها .

٢- نفقة الأولاد الذين لا مال لهم تجب على أبيهم وحده ، لأنهم جزء منه فالإنفاق عليهم كالإنفاق على شخصه وذاته ، ولأن انتساب الأولاد إليه أمر يختص به

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدروري ٥٢١/٢ ، ٥٢٢ . (٢) الإسرائيل / ٢٣ .

(٣) لقمان / ١٢ . (٤) البقرة / ٢٣٣ .

لا يشاركه أحد فيه. وهذا غنم فيتحمل غرم النفقة مقابل هذا . ويقابل هذا أن نفقة الأباء تجب على أولادهم لا يشاركهم فيها أحد . بمعنى أن آباء هؤلاء الآباء إن وجدوا كوجود أب وابن للمحتاج فنفقته على ابنه وحده عند الحنفية ^(١) لأن الولد جزء أبيه ثم هو وماله لأبيه لحديث : [أنت ومالك لأبيك] لهذا ففى الرواية الظاهرة أن النفقة تجب عليهم بالتساوي لافرق بين ذكر وأنثى وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة تكون على قدر الميراث فعلى الذكر ضعف ما على الأنثى .

٣- النفقة بالنسبة للأصول والفروع تجب من وقت ثبوت حاجتهم إليها دون التوقف على قضاء القاضي ، وغيرهم من الأقارب فإن نفقتهم لا تجب إلا من وقت القضاء بها ^(٢) .

ويتضح هذا الفرق في أن للأبوين والابن من حقهم أن يأخذوا من مال من وجبت عليه نفقته إذا كان غائبا وكان المال الموجود من جنس ما تجب فيه النفقة كالدرهم والطعام ، فيأخذ الواحد منهم قدر حاجته بالمعروف دون توقف على قضاء بالنفقة ، ولا ضمان عليه لأن نفقته واجبة قبل القضاء ولا يجوز ذلك لغير الأصول والفروع .

٤- النفقة لا تفرض في مال الغائب إلا إذا كان أصلا أو فرعاً أو زوجاً ، أما إذا كان من تجب عليه النفقة من قرابة الحواشي فإنه لا تفرض نفقة لغيره في ماله ، وينتقل الوجوب إلى القريب الحاضر ولو كان أقل رتبة من الغائب ، ويعتبر الغائب كأنه معسر ، لأن هذه النفقة وجبت للحاجة وهي في حاجة إلى قضاء القاضي ، والقضاء على الغائب لا يجوز عند الحنفية ، وفي نفس الوقت لا يمكن الانتظار حتى

(٢) البدع ٣٥/٤ .

(١) المبسوط ٢٢٢/٥ .

يحضر الغائب .

٥- الفقير القادر على الكسب لا تجب عليه نفقة لأحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته فإنه يجب عليه السعي والعمل للإنفاق عليهم مادام قادرا على الكسب فإن أبى أجبر على ذلك .

٦- لانفقة مع اختلاف الدين بين المنفق والمنفق عليه إلا للأصول والفروع والزوجة .

٧- النفقة للأقارب تجب بقدر الكفاية لأنها لدفع الحاجة وهي تندفع بالكفاية ، ولا يستثنى من هذا إلا نفقة الولد على أبيه الموسر فإن الوجوب لا يقتصر على قدر الكفاية ، ولكن على حسب ما يراه القاضي ، فلو كان الولد في حاجة إلى خادم فرض له القاضي على أبيه نفقة خادم .

٨- إذا حدث وامتنع من وجبت عليه النفقة عن الانفاق على قريبه المستحق لها وأصر على ذلك مع قدرته فإنه يحبس ولو كان أباً ، ومع كون حبسه إيزاء له وهو حرام إلا أنه لا بد منه دفعا للضرر الأعلى وهو دفع الهلاك عن الولد بتحمل الضرر الأدنى وهو حبسه عملاً بالقاعدة [يتحمل أدنى الضررين لدفع أعلاهما] ولذلك لا يحبس الأب في دين لولده إلا دين النفقة مع أن غيره يحبس في الدين مطلقاً^(١) .

٩- نفقة الأقارب مطلقاً تسقط بمضي المدة إلا إذا فُرِضت وكانت مُستدانة بإذن القاضي أو بإذن من وجبت عليه ، وهذه المدة عند الحنفية مقدرة بشهر فأكثر من وقت القضاء بها ، لأن النفقة وجبت لهؤلاء لسد حاجتهم فإذا مضى شهر فأكثر ولم

(١) المبسوط ٣٢٤/٥ .

يأخذ التريب النفقة المقتضي بها دل ذلك على أنه ليس في حاجة إليها في هذه المدة ، أما ما هو أقل من الشهر فالنفقة لا تسقط بمضيها وله المطالبة بها ، لأنه في حاجة إلى مثل هذه المدة ليتمكن من المطالبة بالنفقة ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الزوجة^(١) فإنها لا تسقط بمضي المدة ، وكذلك نفقة الصغير عند بعض الحنفية^(٢) فقد جعلوها كنفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة بل تثبت ديناً في الذمة من وقت القضاء بها أو التراضي عليها وهذا رافة بالصغير بسبب عجزه ، ومع أنها تصبح ديناً عند هؤلاء بالقضاء إلا أنهم قالوا : إنها دين ضعيف لهذا يسقط بموت الصغير .

ولا تكون ديناً قوياً إلا إذا كانت الاستدانة بإذن القاضي أو بإذن من وجبت عليه ، وكثير من القضاة في مصر يأخذون بهذا الرأي .

١٠- الفقير المستحق للنفقة إذا عدم أقاربه المورسين تكون نفقته في بيت المال - خزانة الدولة - لأن من واجبات هذا البيت في الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالاتفاق عليهم^(٣) .

٢- نفقة الفروع على الأصول :

أ- من هم الفروع الواجب الإنفاق عليهم ؟

تجب نفقة الفروع لقوله سبحانه ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾^(٤) . فهذه الآية الكريمة توجب على الأب نفقة أولاده ، بسبب هذه

(١) فتح القدير ٣/٣٥٢ ، ٣٥٤ ، أما مجرد القضاء بها فلا تصير به ديناً خلافاً للملكية والشافعية فلاها تصور ديناً به عندهم .

(٢) تبين الحقائق ٣/٦٣ .

(٣) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٤١ - ٨٥٠ . (٤) سبق تحقيقها .

الولادة ، كما تجب عليه نفقة الزوجة بسبب الولد أيضا ، ولقوله - صلى الله عليه وسلم - لهند : [خذي مايكفيك وولدك بالمعروف]^(١) . أي أن نفقة الولد والزوجة واجبة على الأب .

والأولاد الواجب نفقتهم عند جمهور الفقهاء^(٢) : هم الأولاد مباشرة وأولاد الأولاد أي الفروع وإن نزلوا ، لهذا فإن على الجد نفقة أحفاده ، من أي جهة كانوا ، لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع منه . وهو الصحيح ، فهذه النفقة تجب بالجزئية بخلاف الإرث .

وعند المالكية : أن النفقة تجب للأولاد المباشرين فقط ، ولا تجب لأولاد الأولاد لظاهر الآية الكريمة السابقة ﴿ وعلى المولود له ... ﴾ فالنفقة عنده تجب بسبب الإرث لا بمطلق الجزئية^(٣) .

ب - شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول^(٤) :

يشترط لوجوب نفقة الأولاد ما يأتي :

١- قدرة الأصل على الإنفاق وهذه القدرة إما أن تكون بيماره أو بقدرته على الكسب : فإذا كان الأصل غنيا أو قادرا على الكسب وجبت نفقة الأولاد عليه ، فيطالب بأن يتفق عليهم من ماله ، وإن لم يكن صاحب مال وكان قادرا على الكسب وجب عليه الاكتساب ، عند الجمهور ، فإن امتنع حبسه القاضي . ولكن إذا كان

(١) سبق تحقيقه .

(٢) فتح القدير ٣/٣٤٥ ، ٣٤٦ ، المهذب ٢/١٦٥ - ١٦٨ ، المغني ٧/٥٨٦ - ٥٩٠ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، الشرح الصغير ٢/٧٥٣ .

(٤) الدر المختار ٢/٩٢٢ - ٩٢٥ ، الشرح الصغير ٢/٧٥٢ ، ٧٥٣ ، مغني المحتاج ٣/٤٤٥ - ٤٤٨ .

معسرا وأن نفقته تجب على غيره من الأصول أو الفروع ، وفي نفس الوقت كان عاجزا عن الكسب ، فلا نفقة عليه ، لأنه ليس من المعقول إيجاب نفقة عليه وهو يأخذ نفقته من غيره ، لأن فاقده الشيء لا يعطيه ، وهذا هو الصحيح .

وعند المالكية : الأب ليس ملزما بالكسب لأجل نفقة أولاده فإذا كان معسرا ، وكان قادرا على الكسب بحرفة أو غيرها ، كان التكسب غير واجب عليه ، من أجل الإنفاق على أولاده المعسرين .

٢- أن يكون الولد معسرا ليس له مال ، وغير قادر على الاكتساب : فإذا كان له ما يكفي نفقته ، وجبت في هذا المال وليس على غيره ، وإذا كان مكتسبا وجب عليه الاكتساب ، لأن الصغير المكتسب نفقته في كسبه ، وليس على أبيه . لهذا فإن الولد الموسر بماله أو بكسبه ، لانه نفقة له ، لأن هذه النفقة تجب من قبيل المواساة والبر وهو بهذا اليسار مستغن عن المواساة والبر .

ولكن ماذا لو كان الشخص يملك منزلا للسكنى وليس له سواه . فهل تجب نفقته على غيره أو لا تجب ، روايتان للحنفية :

الأولى : أن النفقة لا تجب له لأنه في هذه الحالة لا يعتبر محتاجا إليها من الغير ، لأنه يستطيع بيعه ويسكن بالأجر ، أو يبيع جزءا منه إن أمكن هذا لينفق من ثمنه ويسكن في الباقي .

والثانية : أن النفقة تجب على قريبه ولا يجبر على بيعه أو بيع جزء منه . وقالوا بأن العلة في ذلك : أن يبيع المنزل لا يحصل إلا نادرا ، وليس في استطاعة كل إنسان أن يسكن بالأجر أو في المنزل المشترك ، واختار هذا صاحب البدائع^(١) وإن كان

(١) البدائع ٣٤/٤ ، ٣٥ .

غيره اختار الأولى .

والذي أرجحه إنني أقول : بأن المنزل إذا كان كبيرا واسعا بحيث أن مثله ليس في حاجة إليه ، وأن يكون في استطاعته السكن دون مضايقة من شريك له وأن عائدته مجزي فهنا أرجح الرواية الأولى ، أما إذا لم يكن هكذا فإنني أرجح الرواية الثانية لأن بيع المنازل في عصرنا اليوم يختلف كثيرا عن عصور مضت .

والمعز عن الكسب يكون بأحد الأسباب الأتية :

أ- الصغر : أي الصغر الذي لم يبلغ به سن الكسب ، فإن بلغ الغلام لا الأثني هذا السن ، كان لأبيه أن يؤجره أو يدفعه إلى حرفة ليكتسب منها وينفق عليه من كسبه . أما الأثني فلا تؤجر للخدمة ، لما في ذلك من المخاطر ولكن يجوز تعليمها حرفة معينة ويكون ذلك عند امرأة ، فإن استغنت بهذا كانت نفقتها في كسبها ، فإذا كان دخلها لا يكفيها وجبت نفقتها على أبيها .

أما الولد الكبير : فإن نفقته لا تجب على الأب إلا إذا كان عاجزا عن الكسب لآفة في عقله كالجنون والعمه ، أو علة في جسمه كالشلل والعمى وقطع اليدين والرجلين ، أو بسبب انتشار البطالة .

أما الحنابلة : فقد أوجبوا - خلافا للجمهور - النفقة للولد الكبير الفقير ، ولو كان صحيحا .

ب- الأنوثة : تجب نفقة البنت الفقيرة على أبيها مهما بلغت حتى تتزوج ، ووقتها تصبح نفقتها على الزوج ، فإذا طلقت عادت نفقتها على الأب ، فإن اكتسبت من مهنة شريفة - دون إجبار على هذا - سقطت نفقتها عن الأب ، إلا إذا كان كسبها لا يكفيها ، فإن الأب يكمل لها نفقتها .

جـ- طلب العلم : فإذا كان طلب العلم يشغل عن التكسب - وهذا هو الشأن فيه - فإن نفقته تكون على أبيه ، لأنه لو ألزم طالب العلم بالتكسب - في كثير من الأحيان - فإن هذا يؤدي به إلى التقصير في تعلمه ، وهذا بشرط أن يكون الطالب مجدا ناجحا ، لأنه لو كان مهملا في دراسته ، فلا جدوى في تعليمه ، وعليه الانصراف إلى تعلم مهنة تكفيه .

من يجب عليه نفقة الفرع ؟

ذهب الفقهاء : ^(١) إلى القول بأنه إذا كان الأب موجودا وموسرا أو كان قادرا على الكسب ، فتكون عليه وحده نفقة الأولاد ، لا يشاركه أحد في ذلك لقوله سبحانه ﴿ وعلى المولود له ﴾ وهذا يفيد حصر النفقة فيه ، ولأنهم جزء منه ، فتكون نفقتهم وإحيائهم كنفقة نفسه .

أما إذا لم يكن الأب موجودا ، أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر في السن أو نحو ذلك كانت النفقة عند الحنفية : على الموجود من الأصول ذكرا كان أو أنثى إذا كان موسرا ، فتجب على الجد وحده إذا كان موسرا ، أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة .

وللجد أو الأم إذا كان الأب موجودا ولكنه معسرا غير مريض مرضا مزمنيا الرجوع على الأب في حال يساره ، ويكون ما أنفق عليه دين على والدهم . كما يجوز الرجوع عليه إذا أمر القاضي بالإنتفاق .

وإن كان له أكثر من أصل وكانوا موسرين فالحكم يختلف تبعا لأحوالهم :

(١) فتح القدير ٣/٣٤٥ ، ٣٤٦ ، الشرح الصمد ٢/٧٥٣ .

الحالة الأولى : إذا كانوا كلهم وارثين لهذا الذي وجبت له النفقة عليهم ، هنا تجب النفقة عليهم جميعا بنسبة أنصبتهم في الميراث بغير النظر إلى درجة القرابة .

فإن كان له أم وجد لأب فالنفقة عليهما أثلاثا على الأم الثلث : وعلى الجد الثلثان ، لأن الميراث يقسم بينهما كذلك .
وإن كان له جدة لأم وجد لأب كان على الجدة السدس والباقي على الجد . وهكذا .

الحالة الثانية : بأن كان أقارب الولد غير وارثين ، بأن كانوا من ذوي الأرحام ، فالنفقة تكون على أقربهم درجة . وإن اتحدت درجاتهم ، كانت النفقة عليهم بالسوية .

الحالة الثالثة : أن يكون بعض الأقارب وارثا ، والآخر غير وارث ، فإن تساوت درجة قرابتهم من الولد كانت النفقة على الوارث منهم ، لأنهم تساؤوا في القرب فيرجح بالإرث .

وإن اختلفت درجة القرابة كانت النفقة على أقربهم وإن لم يكن وارثا .
وعلاو لذلك ، بأن السبب في وجوب النفقة للفرع على أصله هو أن الفرع جزء لأصله ، وكلما قربت درجة القرابة قويت الجزئية ، لهذا يرجح الأقرب .

وعند المالكية : أن النفقة تجب على الأب وحده دون غيره ، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لرجل سأله ، عندي دينار ؟ قال : [أنفقه على نفسك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على أمك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على

خادمك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنت أعلم به | ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء .

وإذا كان للفرع زوجة^(١) : لا تجب نفقة هذه الزوجة عند الحنفية ، ولا تصير هذه النفقة ديناً في الذمة أصلاً ، سواء فرضها القاضي أم لا ، بخلاف نفقة الزوجات ، فإنها تصير ديناً في الذمة بفرض القاضي أو التراضي .
وتسقط نفقة الزوجة عند المالكية في حال إعسار الزوج .

وعند الشافعية والحنابلة ، تجب نفقة زوجة الفرع ، لأن هذا من تمام الكفاية .

وقد نصت المادة - ٢١٩ - من مشروع قانون الإمارات على أنه | تجب نفقة كل إنسان في ماله ، إلا الزوجة فإن نفقتها على زوجها | .

وكذلك المادة - ٢٢٠ - قد نصت على أنه | لاتفقة للأقارب مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع غير الحربيين ، ولا يعتبر حربياً رعايا الدولة التي قطعت معها العلاقات السياسية دون قيام حالة الحرب | .

أما المادة - ٢٢١ - قد نصت في فقرتها الأولى على ما يأتي :

[١- إذا لم يكن للولد الصغير مال فنفقته على أبيه الموسر .

٢- وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت ، أو تكسب فعلاً ما يكفي نفقتها ، وإلى أن يتم الغلام سن البلوغ قادراً على الكسب ، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية ، أو بسبب طلب العلم الملائم لمثاله إذا كان رشيداً

(١) بدائع الصنائع ٣٧/٤ ، ٣٨ ، للذهب ١٦٧/٢ ، المغني ٥٩٥/٧ ، مغني المحتاج ٤٤٩/٣ الفقه الإسلامي وأصله ٨٢٢/٧ - ٨٢٢ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٥٥ - ٨٦٠ .

فيه ، أو بسبب عدم تيسر الكسب استمرت نفقته على أبيه] .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون نص علي هذا في المادة - ٦٢ -
في فقرات أربع ، وهي كالآتي :

أ - نفقة الولد الصغير الذي لآمال له على أبيه حتى تتزوج الفتاة ، ويصل
الفتى إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ، مالم يكن طالب علم يواصل دراسته بنجاح
معتاد .

ب- نفقة الولد الكبير العاجز عن الكسب لعاهة أو غيرها على أبيه ، إذا لم
يكن له مال يمكن الإنفاق منه .

ج- تعود نفقة الأئلى على أبيها إذا طلقت ، أو مات عنها زوجها ما لم
يكن لها مال أو من تجب عليه نفقتها غيره .

د - إذا كان مال الولد لايفي بنفقته ، ألزم أبوه بما يكملها ضمن الشروط
السابقة] .

والمادة - ٦٤ - من هذا المشروع قد نصت على أنه : [تجب نفقة الولد على
أمه الموصرة إذا فقد الأب ولا مال له ، أو عجز عن الإنفاق] .

٣- نفقة الأصول على الفروع :

أ - يراد بالأصول الواجب الإنفاق عليهم عند الجمهور^(١) : هم الآباء والأجداد ، والأمهات والجندات ، وأن علوا ، لأن - الأب - يطلق على الجد ، وكذلك - الأم - تطلق على الجدة مهما علت ، فقد أطلق القرآن الكريم كلمة - الأبوين - على آدم وحواء ، وقال تعالى : ﴿ ملة أبيكم إبراهيم ﴾ .

وعند الإمام مالك : الأصول الواجب الإنفاق عليهم : هم الآباء والأمهات المباشرين ، وليس الأجداد والجندات مطلقا ، سواء من جهة الأب أم الأم . فلا تجب نفقة على جد أو جدة ، كما لا تجب على ولد ابن . ولا شك أن الصحيح والأرجح هو ما ذهب إليه الجمهور .

وتجب هذه النفقة - نفقة الوالدين - لقوله سبحانه : ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ﴾^(٢) ولا شك أن من الإحسان أن ينفق عليهما عند الحاجة وقوله سبحانه ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفا ﴾^(٣) ومن المعروف الإنفاق عليهما ولو كانا مخالفين في الدين ، فإنها نزلت في الأبوين الكافرين ، وليس من المعقول والمعروف أن يعيش إنسان في نعم الله تعالى ويترك أبويه يموتان جوعا .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - [إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم ، فكلوه هنيئا مريئا]^(٤) .

(١) البدائع ٢٩/٤ ، ٣٠ ، الشرح الصغير ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ ، مغني المحتاج ٤٤٥/٣ ، ٤٤٦ ، المغني ٥٨٣/٧ .

(٢) الإسراء / ٢٣ . (٣) لقمان / ١٥ .

(٤) رواه أصحاب السنن الأربعة عن عائشة - رضي الله عنها

ب - شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع :

يشترط لهذه النفقة ما يأتي :^(١) .

١- أن يكون الأصل معسرا ، لأنه لو كان له مال وجبت نفقته في ماله ، وهذه النفقة تجب للأصل ولو كان قادرا عل الكسب عند الحنفية ، والشافعية في الأظهر لأنه سبحانه أمر بالإحسان إلى الوالدين ، وحينما نلزم الآباء بالاكْتِسَاب مع غني الأبناء ، فهذا ولا شك ليس بإحسان قال سبحانه ﴿ وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ ﴾ فإذا كان التأليف منهى عنه فمن باب أولى ما هو أعظم من ذلك وهو إلزام الآباء بالتكسب مع يسار الأبناء .

وعند المالكية والحنابلة : الفرع ليس ملزما بنفقة الأصل إذا كان قادرا على الكسب بمعنى أنه يجبر على كسب يستغنى به ، ولا نفقة له ، لأنها تجب من أجل المواساة والبر ، والقادر على الكسب مستغن عن هذا .

ولا شك أن مذهب إليه الحنفية والشافعية هو الأرجح لأنه ليس من العقول أن يجبر الآباء على التكسب مع يسار الفروع أيا كان هذا من العروف والبر ؟

٢- أن يكون الفرع موسرا بمال ، أو قادرا على التكسب عند الجمهور ، وقال المالكية : لا يجب على الفرع المعسر تكسب لينفق على والديه .

وحتى يتحقق هذا اليسار ، فإنه يشترط - عند الجمهور - أن يكون مال الفرع أو عائد كسبه فاضلا عن نفقة نفسه ، فأما إن كان ماعنده من مال ، أو من عائد

(١) فتح القدير ٣/٣٤٧ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، الشرح الصغير ٢/٧٥٢ - ٧٥٥ ، معي المحتاج ٤٤٨/٧ ، المغني ٥٨٤/٧ .

تكسبه لايزيد عن حاجته ^(١) لاتجب عليه نفقة لأحد من أصوله .

لهذا يقرر الحنفية : بأن لاتفرض للأصل نفقة خاصة والذي يجب عليه في هذه الحالة أن يضم أصله إلى أولاده ليعيش معه ومع أولاده ، لأن المقاسمة في الطعام لايترتب عليها ضرر كبير ، فإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفي الأربعة فإن لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده وجب عليه أن يضمه إليه إن كان عاجزا عن الكسب لأي سبب ، فليس من المروءة أن يترك أباه العاجز يموت جوعا أو أن يسأل الناس وهو يعيش في كفاية وكذلك أمه ولو كانت قادرة على التكسب ، لأن الأنوثة في ذاتها عجز حكمي .

أما إذا كان أبوه قادرا على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجبر على ذلك قضاء ، لأن ضمه إليه على الدوام يؤدي إلى عجزه عن الكسب ، حيث يؤدي هذا إلى ضعفه بمرور الأيام .

ج - نفقة الأصل على من تجب : ؟ ^(٢)

نفقة الأصول تجب على الولد ، لأنه أقرب الناس إليهما ، فكان أولى بوجوب النفقة عليه . وهي عند الحنفية : على الذكور والإناث بالسوية .

وعند الجمهور : تجب - أيضا - على ولد الولد ، ولكن عند المالكية : لاتجب على ولد الابن .

(١) ونفقة الفرع مقدمة على نفقة الأصل ، فإن كان مايفيض عن حاجة الشخص يهي حاجة :الأصل فقط أو حاجة الفرع فقط قدم الفرع .

(٢) فتح القدير ٣٤٧/٢ - ٣٥٥ ، الشرح الصغير ٧٥٢/٢ ، المغني ٥٨٣/٧ .

د - تعدد الفروع : إذا لم يوجد غير ولد واحد تجب عليه - كما سبق - نفقة الأصل ، فإن تعدد الفروع ، قال الحنفية : إن اتحدت درجة قرابتهم كابنين أو بنتين أو ابن وبنت ، وجبت النفقة بينهم بالتساوي ، سواء أكانوا وارثين أم بعضهم وارثا والآخر غير وارث ، للتساوي في القرب والجزئية ، ولا اعتبار لنصيب كل منهما في الميراث .

وإن اختلفت درجة قرابتهم مثل ابن وابن ابن ، وجبت نفقة الأصل على الأقرب .

فالحنفية عند تعدد الفروع اعتبروا درجة القرابة ، وعند تعدد الأصول اعتبروا الإرث أحيانا ودرجة القرابة أحيانا أخرى . وكان ينبغي التسوية بين الفروع والأصول في الحالتين .

وعند المالكية : إن تعدد الأولاد وزعت النفقة على الأولاد الموسرين بقدر يساهم إذا تفاوتوا فيه ^(١) .

وقد نصت المادة - ٢٢٢ - من مشروع قانون الامارات على وجوب نفقة الأصول على الفروع ونصها :

- ١- يجب على الولد الموسر ذكرا كان أو أنثى كبيرا كان أو صغيرا ، نفقة والديه الفقيرين ولو كان قادرين على الكسب مالم يظهر التعنت في ترك الكسب .
- ٢- وإذا تعدد الأولاد اشتركوا في نفقة والديهم بنسبة حصصهم الإرثية [.

(١) الشرح الصغير ٧٠٢/٢ .

وكذلك نصت المادة - ٢٢٣ - على أنه | إذا اجتمع لمستحق النفقة ولد أو أولاد موسرون مع والديه الموسرين أو أحدهما ، اشتركوا جميعاً في النفقة بنسبة حصصهم الإرثية [.

ومشروع قانون دول مجلس التعاون يتوافق مع هذه الأحكام ، فنص على ذلك في المادة - ٦٥ - وهي كالآتي :

[أ - يجب على الولد الموسر ، ذكراً أو أنثى ، كبيراً أو صغيراً ، نفقة والديه إذا لم يكن لهما مال يمكن الإنفاق منه .

ب - إذا كان مال الوالدين لا يفي بالنفقة ، ألزم الأولاد الموسرون بمسا يكملها [.

أما المادة - ٦٦ - فقد نصت على الآتي :

[أ - توزع نفقة الأبوين على أولادهما بحسب يسر كل واحد منهم .

ب - إذا أنفق أحد الأولاد على أبويه رضاء فلا رجوع له على أخوته .

ج - إذا كان الإنفاق بعد الحكم عليهم بالنفقة ، فله أن يرجع على كل واحد منهم وفق الحكم [.

وبهذا نرى أن المشروع قد أخذ برأي المالكية بالنسبة ليسار الأولاد حيث أن النفقة توزع على حسب يسارهم كما ذهب إلى ذلك المالكية - كما سبق - .

(١) معني المحتاج ٤٥٠/٣ ، المغني ٥٩١/٧ .

٤- نفقة الحواشي :

أ - المراد بالحواشي هنا الأقارب من غير الأصول والفروع قرابة نسبية محرمية بمعنى أنه يحرم فيها على القريب أن يتزوج قريبة لو فرض أحدهما ذكراً والآخر أنثى كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فهؤلاء تجب لهم النفقة إن كانوا أهلاً للإرث وإن لم يكونوا وارثين بالفعل . لقوله - صلى الله عليه وسلم [يد المعطي العليا ، وأبدأ بمن تعمل ، أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك أدناك] ^(١) .

فالموجب للنفقة القرابة النسبية المحرمية مع الأهلية للإرث بالنسبة للقريب في الجملة .

فإذا كانت قرابة غير نسبية كالأخوة من الرضاع ، أو كانت نسبية ولكنها غير محرمية كأولاد الأعمام والعمات ، وأولاد الأخوال والخالات ، أو كانت نسبية محرمية ولكن صاحبها ليس أهلاً للميراث . كالأخوة المخالفين في الدين ^(٢) فإن هذه الأصناف لا تجب لها النفقة لعدم توافر الصفات الموجبة لها .

وعند المالكية والشافعية : لا تجب نفقة غير الوالدين والمولودين من الأقارب كالأخوة والأعمام وغيرهم ، لأن الشرع ورد بإيجاب نفقة الوالدين والمولودين لا سواهم .

(١) رواه النسائي ، وأخرجه ابن حبان والدارقطني وصححه نيل الأوطار ٣٢٧/٦ .

(٢) وكذلك القريب النسبي المحرم الذي كانت حرمة بسبب غير القرابة كتبت العممة التي وضعت مع ابن عمها من امرأة واحدة فهذه وإن حرم عليه تزوجها لكن المحرمة جاءت من طريق الرضاع لا من قبل القرابة النسبية .

ب- شروط وجوب نفقة هؤلاء الأقارب :

ذهب الحنفية إلى اشتراط الشروط الآتية :-

١- اتحاد الدين : بأن يكون من تجب له النفقة ومن تجب عليه متحدين في الدين ، لأنه لانهقة على القريب مع اختلاف الدين ، كما لا توارث مع اختلاف الدين ، ووجوب النفقة على القريب مبني على استحقاق الإرث .

وذلك بخلاف نفقة الزوجة والأصول والفروع ، لأن نفقة الزوجة تجب بمقابلة الاحتباس ، وأما غيرها فثبوت الجزئية ، وجزء المرء في معنى نفسه .

٢- أن يكون من تجب له النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب لأي سبب من الأسباب كالصغر والمرض الزمن والأنوثة وغير ذلك ، فلو كان قادراً على الكسب وإن لم يكن له مال لاتجب له نفقة على غيره ، لأن بقدرته على الكسب يعتبر غنياً .

٣- أن يكون المكلف بالانفاق موسراً ، لأن النفقة على ذي الرحم المحرم صلة والصلة تجب على الغني لا على الفقير ، لهذا لاتجب عليه ولو كان قادراً على الكسب .

واختلفت الصحابان في تحديد هذا اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة^(١) .

يتحقق اليسار - عند أبي يوسف - بملك نصاب الزكاة ويكون زائداً عن حوائجه الأصلية لأنه حينئذ يعتبر غنياً والنفقة صلة لاتجب إلا على الأغنياء .

وعند محمد يتحقق اليسار بالنسبة لصاحب الفلة - المورد الثابت - بما

(١) بلع الصانع ٣٥/٤ .

يفضل عن نفقة نفسه وعياله لمدة شهر لينفق منه على قريبه ، فإن لم يكن كذلك لاتجب عليه نفقة ، وقدر يمار صاحب الحرفة بما يزيد عن نفقته ونفقة عياله من كسبه اليومي ، لأن النفقة وجبت لدفع الهلاك عن القريب فيجب على من قدر على ذلك ، والذي يزيد كسبه عن حوائجه وحوائج من يعولهم يعتبر قادراً على دفع الهلاك عن قريبه .

ومع هذه الشروط السابقة لوجوب النفقة بالنسبة للحواشي ، فإنه يشترط لوجوب أدائها قضاء القاضي بها أو التراضي عليها ، ولهذا لو ظفر الفقير من هؤلاء بما هو من جنس النفقة من مال قريبه ليس له أن يأخذه قبل القضاء أو التراضي بخلاف نفقة الأصل والفرع كما سبق .

ج - من تجب عليهم نفقة الأقارب ؟

قد يجتمع للمحتاجين أقارب من نوعين أو أكثر - بخلاف ماسبق - وهي حالات أربع فقد يجتمع له أصول وفروع ، أو أصول وحواشي ، أو فروع وحواشي ، أو أصول وفروع وحواشي .

الحالة الأولى : أن يجتمع الأصول والفروع .

إذا اجتمع للمستحق للنفقة أصول وفروع وتوفر فيهم شروط وجوب النفقة عليهم وجبت النفقة على أقربهم دون اعتبار الإرث عند اختلاف الدرجة .

فمن كان له أب وابن ابن فالنفقة على الأب ، ولو كان مكان الأب أم وجبت النفقة عليها .

وإن تساوا في الدرجة - درجة القرابة - وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل شرعي يرجح وجوبها على أحدهم ، فلو كان للمحتاج جد لأب وابن

ابن وجبت النفقة عليهما بنسبة ميراثهما على الجد السدس ، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها لاتحاد درجاتهما في القرابة . إلا إذا كان فيهم ابن أو بنت ، فالنفقة على الابن أو البنت ، ففي أب وابن تجب النفقة على الابن لترجحه بقوله صلى الله عليه وسلم - : [أنت ومالك لأبيك] .

الحالة الثانية : إذا اجتمع للمستحق للنفقة أقارب من الأصول والحواشي^(١) توافرت فيهم شروط وجوب النفقة عليهم ، فإما أن يكونوا وارثين أو يكون بعضهم وارثا والآخر غير وارث .

فإن كان كل من الصنفين وارثا ، وجبت النفقة عليهم حسب نسبة الإرث^(٢) .

وإن كان أحد الصنفين وارثا ، والآخر غير وارث ، فالنفقة على الأصول وحدهم ، ولو كانوا غير وارثين ، ترجيحا لاعتبار الجزئية على غيرها . فمن كان له جد لأم وأخ شقيق أو عم كانت النفقة على الجد لأم ، لأن أحد النوعين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم ، والآخر غير وارث وهو الجد لأم .

الحالة الثالثة : إذا اجتمع للمستحق للنفقة فروع وحواشي :
إذا كان لمستحق النفقة فروع وحواشي ، فالنفقة تجب على الفروع ، ولا شيء على الحواشي ولو كانوا وارثين ، لترجح قرابة الجزئية على غيرها .

ففي بنت وأخت شقيقة ، تكون النفقة على البنت فقط ، ولا شيء على

(١) كأم وأخ شقيق أو لأب .

(٢) فمن كان له أم وأخ شقيق أو لأب فنفته عليهما اثلاثا على الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلث لأن له عصب يأخذ الباقي بعد نصيب الأم .

الأخت ، وإن ورثت النصف .

وفي ابن نصراني ، وأنح مسلم ، تكون النفقة على الابن فقط ، وإن كان الوارث هو الأخ .

الحالة الرابعة : أن يجتمع الأصول والفروع والحواشي :

إذا اجتمعت الأنواع الثلاثة وتوافرت شروط إيجاب هذه النفقة فلا اعتبار للحواشي لأنهم يسقطون بالفروع كما في الحالة السابقة ، وتكون النفقة على الأصول والفروع وتطبق قاعدة اجتماعهم كما شُرح في الحالة الأولى من حالات الاجتماع ^(١) .

| وقد نظمت المادة - ٢٢٤ من مشروع قانون الإمارات نفقة الأقارب ، وذلك في خمس فقرات وهي كالآتي :

| ١- فيما عدا الأولاد الصليبين والأب والأم تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على وارثه من أقاربه المحارم الموسرين .

٢- ويكون العجز عن الكسب بسبب الصغر ، أو الشيخوخة ، أو آفة بدنية ، أو عقلية ، أو الاشتغال بطلب العلم الملازم مع ترعاه الدولة ، ولا ينافي تعاليم الدين ، وكان مناسباً لدرجة القرابة بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه .

٣- وتعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب حتى تتزوج أو تكسب فعلاً .

٤- وإذا تعدد المحارم الموسرون كلف بالنفقة أولادهم بالإرث . وعند الاشتراك فيه يشتركون في النفقة بنسبة حصصهم .

٥- والمراد بالوارث من يرث طالب النفقة لو فرض موته عند طلبها | .

(١) نفقة الإسلامى وأصله ٨٣٤/٧ - ٨٤٠ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٦٩ ٨٨٢ .

وقد نصت المادة - ٢٢٥ - ١ الشخص الذي يكلف بالنفقة في حال يساره
يعتبر كالمعوم في حال إعساره ، وتفرض النفقة على غيره ، ممن تجب عليهم عند
عدمه ، سواء كان ذلك المعسر أبا أو ولداً أو غيرها .

وقد نصت المادة - ٢٢٦ - من المشروع المذكور في فقرتها على الآتي :

١- الفقير الذي تجب عليه النفقة هو الذي ليس له مال تزيد قيمته عن
المقدار الضروري عرفاً لحاجته الحالية المشروعة ، وحاجة عياله ، وقضاء ديونه
الحالة ، أو القربة الحلول ، ولا مورد له من حرفة أو من غيرها يكفي مآذره .

٢- والفقير الذي تجب له النفقة على غيره ، هو الذي لا يجد ماينفق منه .

وقد عرفت المادة - ٢٢٧ - من هذا المشروع الموسر كما عرفت المادة السابقة
الفقير ، وذلك في فقرتها الأولى والثانية ونصها :

١- الموسر الذي تجب عليه النفقة : هو الذي له مال تزيد قيمته عن المقدار
الذي تتطلبه عرفاً حاجته الحالية المشروعة ، وحاجة عياله ، وقضاء ديونه الحالة أو
القربة الحلول ، أو له مورد من حرفة أو غيرها يزيد عن وفاء الحاجات المذكورة .

٢- ولا يعتبر من المال الزائد عن الحاجات المذكورة العقار . ولا رأس المال
الذين يتوقف عليهما كسب كفايته ، ولا البيت الذي لا تزيد قيمته ولا مساحته عن
حاجة سكناه وسكنى عياله .

وقد بينت المادة - ٢٢٨ - من المشروع المذكور - مايجب على الإنسان من
النفقة إذا تعدد المستحقين لها ، فجاء نصها :

[١- إذا تعدد المستحقون للنفقة وكان المكلف بها غير قادر على نفقة الجميع ، أو لم يتعدوا وكان غير قادر على جميع النفقة ، كلف بقدر استطاعته ، واعتبر معسرا بالنسبة للباقي .

وفي حالة التعدد يقدم في الإعطاء الزوجة ، ثم الولد الصغير ، ثم الولد الكبير الزمن - المريض بعرض مزمّن - ثم غير الزمن ، ثم الأم ، ثم الأب ، ثم يكون سواهم سواء ، يقسم عليهم ما يستطيعه المكلف بالنفقة .

٢- وإذا تعددت من تجب عليهم النفقة وكانوا قادرين على النفقة جميعها ، يدفع كل منهم نصيبه فيها لكل واحد من المستحقين ، ولكل واحد من المستحقين أن يقاضيه بنصيبه المستحق عليه .

٣- وإن لم يكونوا قادرين على النفقة جميعها يطبق حكم الفقرة - ١ - .

ونصت المادة - ٢٢٩ - على أنه [في جميع الحالات إذا كان مستحق النفقة يملك بعضها فيجب تكملتها إلى كفاية المثل] .

وجاء في المادة - ٢٣٠ - [تشمل نفقة الأقارب الغذاء والكسوة والسكن ومايلزم

للعلاج الضروري والتعليم الملائم بالقياس المبين بالفقرة (٧) من المادة - ٢٢٤ -] .

٣٥	الخطبة على الخطبة
٤٢	أثر الخطبة المحرمة في العقد
٤٤	النظر الى الخطوبة
٤٥	حكم النظر الى الخطوبة
٤٧	المواضع التي يباح النظر اليها
٤٩	تحريم الخلوة بالخطوبة
٥٠	العدول عن الخطبة وأثره
٥٢	حكم الشبكة
٥٣	حكم الهدايا
٥٨	حكم الأضرار الناشئة عن فسخ الخطبة
٦٠	المبحث الثالث : في أركان عقد الزواج
٦٠	تعريف الركن لغة وشرعاً
٦١	صيغة الزواج
٦١	الفاظ الزواج
٦٥	الزواج بالكتابة والإشارة والرسالة
٦٦	إنعقاد الزواج بغير العربية
٦٨	صيغة ألفاظ الزواج
٧٠	إنعقاد الزواج بعائد واحد

٧٣	العقد المنجز
٧٤	عقد المتعة والمؤقت
٨١	العقد المضاف
٨١	العقد المعلق
٨٢	العقد المقترن بشرط
٨٦	المبحث الرابع : في شروط عقد الزواج :-
٨٦	تعريف الشرط لغة واصطلاحاً
٨٦	الفرق بين الركن والشرط
٨٧	أنواع الشروط
٨٨	شروط إنعقاد الزواج
٩٣	شروط صحة الزواج
١٠٢	شروط النفاذ
١٠٥	شروط اللزوم
١١٠	الشروط القانونية
١١٢	المبحث الخامس في أقسام عقد الزواج :-
١١٢	الزواج الصحيح
١١٥	الزواج الباطل
١١٦	الزواج الفاسد

١١٩	الزواج الموقوف
١٢٠	المبحث السادس : في المحرمات من النساء :-
١٢١	أولاً: المحرمات على سبيل التأييد :
١٢١	المحرمات بسبب القرابة
١٢٤	المحرمات بسبب المصاهرة
١٣٠	المحرمات بسبب الرضاع
١٣٠	تعريف الرضاع
١٣٥	شروط الرضاع المحرم
١٣٨	مقدار الرضاع
١٤١	ما يثبت به الرضاع
١٤٤	ثانياً : المحرمات على سبيل التأييد
١٤٨	تعدد الزوجات
١٥٥	المبحث السابع : في الولاية والوكالة والكفاءة
١٥٥	الولاية في الزواج
١٥٦	شروط الولي
١٥٩	لمن تثبت الولاية
١٦٢	على من تثبت الولاية
١٦٤	حق المرأة البالغة العاقلة في إنشاء عقد الزواج

١٦٩	الوكالة في الزواج
١٧٠	التوكيل قسماً
١٧٢	الكفاءة في الزواج
١٧٦	متى تعتبر الكفاءة
١٧٧	الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة
١٨٤	المبحث الثامن : في حقوق الزوجة على زوجها :-
	أولاً : الحقوق المالية :
١٨٤	المهر
١٨٤	الحقوق المتعلقة بالمهر
١٨٦	حكمة تشريعه
١٨٧	ما يصح أن يكون مهراً
١٨٩	مقدار المهر
١٩٢	أنواع المهر
١٩٣	متى يجب مهر المثل ؟
١٩٤	متى يجب المهر كله
١٩٨	ما يتفق فيه الدخول الحقيقي مع الخلوة الصحيحة
٢٠٠	ما يختلفان فيه من أحكام
٢٠٢	متى ينتصف المهر ؟

٢٠٦	سقوط المهر كله
٢٠٧	اقتران المهر بالشرط
٢٠٩	تعجيل المهر وتأجيله
٢١٠	اختلاف الزوجين في المهر
٢١٤	تجهيز بيت الزوجية
٢١٦	المتعة
٢١٧	مقدار المتعة
٢١٩	النفقة
٢٢٠	الدليل على وجوبها
٢٢٢	سبب النفقة
٢٢٣	شروط وجوب النفقة
٢٢٤	أسباب سقوط النفقة
٢٢٧	تقدير النفقة
٢٣٠	الزوج ودين النفقة
٢٣٢	ثانياً : الحقوق غير المالية
٢٣٢	العدل
٢٣٣	حسن المعاشرة
٢٣٤	عدم الاضرار بالزوجة

٢٣٦	المبحث التاسع : في حقوق الزوج على زوجته والحقوق المشتركة .
٢٣٦	الطاعة
٢٣٨	القرار في البيت
٢٣٩	ولاية التأديب
٢٤٢	الحقوق المشتركة بين الزوجين :-
٢٤٢	حق الاستمتاع
٢٤٣	ثبوت النسب
٢٤٣	حرمة المصاهرة
٢٤٣	التوارث بين الزوجين
٢٤٥	القسم الثاني في الطلاق :
٢٤٥	التمهيد :
٢٤٦	يختلف الفسخ عن الطلاق من ثلاثة أوجه
٢٤٧	متى تكون الفرقة فسخاً ومتى تكون طلاقاً ؟
٢٤٨	الفرق التي تتوقف على القضاء والتي لا تتوقف عليه
٢٤٩	فرق الطلاق المتوقفة على القضاء
٢٤٩	فرق الطلاق غير المتوقفة على القضاء
٢٤٩	فرق الفسخ المتوقفة على القضاء
٢٥٠	فرق الفسخ غير المتوقفة على القضاء

٢٥٢	المبحث الأول :
٢٥٢	في تعريف الطلاق
٢٥٣	حكمة التشريع
٢٥٤	الطلاق بين الحظر والإباحة
٢٥٨	المبحث الثاني: في أركان الطلاق :-
٢٥٨	الركن الأول : المطلق
٢٥٩	جعل الطلاق بيد الرجل
٢٦٠	شروط المطلق
٢٦١	طلاق المرتد
٢٦١	طلاق السفية
٢٦٢	طلاق الغضبان
٢٦٣	طلاق المكره
٢٦٤	شروط الاكراه
٢٦٥	طلاق السكران
٢٦٨	الركن الثاني : التقصد
٢٦٨	طلاق الهازل
٢٧٠	طلاق المخطيء
٢٧٢	الركن الثالث : محل الطلاق

٢٧٣	الركن الرابع : الولاية على محل الطلاق
٢٧٦	الركن الخامس : الصيغة
٢٧٦	اللفظ الصريح الذي يقع به الطلاق
٢٧٨	حكم الطلاق الصريح
٢٧٨	الطلاق بلفظ الكناية
٢٧٩	مايقوم مقام اللفظ في الطلاق
٢٧٩	الطلاق بالكتابة
٢٨١	الإضافة والتعليق في الطلاق
٢٨٢	الطلاق المنجز
٢٨٢	الطلاق المضاف
٢٨٣	الطلاق المعلق
٢٨٣	شروط التعليق
٢٨٥	صور الطلاق المعلق
٢٩٠	المبحث الثالث : في العدد المشروع للطلاق وكيفية إيقاعه
٢٩١	حكمة مشروعية الطلاق ثلاثاً
٢٩١	بمن يعتبر عدد الطلاق
٢٩٣	الطلاق المقترن بعدد أو إشارة والمتكرر
٢٩٥	حكم الطلاق ثلاثاً من حيث الحل والحرمة

٢٩٧	حكم الطلاق الثلاث من حيث الوقوع وعدمه
٣٠٤	المبحث الرابع : في أنواع الطلاق وحكم كل نوع وحكم الرجعة :-
٣٠٤	الطلاق الرجعي والبائن
٣٠٤	أحكام الطلاق الرجعي
٣٠٧	الطلاق البائن بينونة صغرى وأحكامه
٣٠٨	الطلاق البائن بينونة كبرى وأحكامه
٤١١	تفويض الطلاق
٣١٣	الفرق بين التوكيل والتفويض
٣١٤	نكاح المحلل
٣١٦	الطلاق السني والبدعي
٣٢٠	الرجعة وأحكامها
٣٢٠	تعريف الرجعة ودليل مشروعيتها
٣٢٤	هل تصح المراجعة بالفعل ؟
٣٢٦	الرجعة بقصد المضارة
٣٢٨	الإعلام بالمراجعة
٣٢٩	الإشهاد على المراجعة
٣٣١	اختلاف الزوجين في الرجعة
٣٣٧	المبحث الخامس : في الخلع ، والإيلاء والظهار ، واللعان :

	١- الخلع :
٣٣٧	تعريف الخلع
٣٣٧	مشروعيته
٣٣٩	صفة الخلع
٣٤٢	شروط الخلع
٣٤٣	الفرق بين الخلع والطلاق على مال عند الحنفية
٣٤٤	آثار الخلع
٣٤٦	الاختلاف في الخلع أو عوضه
	٢- الإيلاء :
٣٤٨	تعريف الإيلاء
٣٥٠	شروط الإيلاء
٣٥١	حكم الإيلاء
	٣- الظهار :
٣٥٤	تعريف الظهار
٣٥٧	صيغة الظهار
٣٥٧	الظهار والتعليق
٣٥٩	ركن الظهار
٣٥٩	قسما الظهار باعتبار الصيغة

٣٦١	شروط الظهار
٣٦٢	أثر الظهار
٣٦٤	كفارة الظهار
	٤- اللعان :
٣٦٧	تعريف اللعان
٣٦٧	مشروعية اللعان
٣٦٨	كيفية اللعان
٣٧٣	أركان اللعان وشروطه
٣٧٦	ما يترتب على اللعان
٣٨٠	المبحث السادس : التفريق للعيب ، والتفريق للضرر
٣٨٠	التفريق للعيب
٣٨٠	آراء الفقهاء في التفريق بالعيب
٣٨٢	ما يشترط للتفريق بالعيب
٣٨٦	التفريق للضرر
٣٨٧	توضيح ماذهب إليه المالكية
٣٩١	المبحث السابع : في العدة وأحكامها
٣٩١	تعريف العدة
٣٩٢	حكمها الشرعي

٣٩٤	حكمتها
٣٩٥	سبب وجوبها
٣٩٦	ركن العدة
٣٩٦	أنواع العدة
٤٠١	انتقال العدة من نوع إلى آخر
٤٠٣	أحكام العدة
٤٠٨	القسم الثالث : في حقوق الأولاد والأقارب
٤٠٩	تمهيد :
٤١٠	المبحث الأول : في النسب
٤١٠	تمهيد :
٤١٢	مدة الحمل
٤١٥	اختلاف الزوجين في الولاية والمولود
٤١٧	إثبات نسب الولد بالقيافة
٤١٨	أسباب ثبوت النسب من الأب
٤١٩	١- الزواج الصحيح
٤٢١	ثبوت النسب بعد الفقرة من زواج صحيح
٤٢٤	٢- الزواج الفاسد
٤٢٦	متى يثبت النسب بعد الفقرة من زواج فاسد ؟

٤٢٦	٣- الوطاء بشبهة
٤٢٨	طرق إثبات النسب
٤٢٨	١- الزواج الصحيح أو الفاسد
٤٢٩	٢- الإقرار بالنسب
٤٣٣	الفرق بين الإقرار بالبنوة والتبني
٤٣٤	٣- البيئة
٤٣٥	الشهادة بالتسامع لإثبات النسب
٤٣٦	الإقرار بنسب اللقيط
٤٤١	المبحث الثاني : في الرضاع
٤٤٢	على من يجب الرضاع للرضيع ؟
٤٤٦	متى تستحق الموضع الأجر على الرضاع
٤٤٧	مقدار الأجرة وعلى من تجب
٤٥٠	المبحث الثالث : في الحضانة
٤٥١	التعريف بالحضانة وصاحب الحق فيها
٤٥٣	ترتيب مستحقي الحضانة من النساء والرجال
٤٥٨	شروط أهلية الحضانة
٤٥٨	الشروط الخاصة بالنساء
٤٦١	الشروط الخاصة بالرجال

٤٦٣	أجرة الحضانة واستحقاقها
٤٦٥	متى تستحق الأجرة
٤٦٦	من تجب عليه أجرة الحضانة
٤٦٧	الحضانة بين الأم والمتبرعة بها
٤٦٧	مكان الحضانة
٤٧١	مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها
٤٧٦	المبحث الرابع : في الولاية
٤٧٧	أ- الولاية على النفس
٤٧٧	١- الولي على النفس والعمل المطلوب منه
٤٨٠	٢- شروط الولي على النفس
٤٨٣	٣- إنتهاء الولاية على النفس
٤٨٤	ب - الولاية على المال
٤٨٦	١- الولي على المال
٤٨٧	٢- شروط الولي على المال
٤٨٨	٣- تصرفات الولي على المال
٤٩١	الوصي المختار
٤٩١	شروط الوصي
٤٩٢	تصرفات الوصي المختار

٤٩٣	القاضي ووصيه
٤٩٤	إنهاء الولاية والوصاية
٤٩٦	المبحث الخامس : في نفقة الأولاد والأقارب
٤٩٧	تمهيد :
٤٩٩	الأسس التي يقوم عليها نظام النفقات
٥٠٢	نفقة الفروع على الأصول
٥٠٣	شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول
٥٠٦	من تجب عليه نفقة الفرع ؟
٥١٠	نفقة الأصول على الفروع
٥١١	شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع
٥١٢	نفقة الأصل على من تجب ؟
٥١٥	نفقة الحواشي
٥١٦	شروط وجوب نفقة هؤلاء الأقارب
٥١٧	من تجب عليهم نفقة الأقارب

مطابع البيان التجارية - هاتف: ٣٤٤٤٤٠٠، ص.ب.، ٢٧١٠، دبي

حقوق الطبع محفوظة

أكاديمية شرطة دبي، هاتف: ٣٤٨٢٢٥٥ +٩٧١٤، ص.ب. ١٢٠٨٥، دبي

بريد إلكتروني: college@dubai.police.gov.ae

Bibliotheca Alexandrina

0550765

أكاديمية شرطة دبي | أكاديمية شرطة دبي | أكاديمية شرطة دبي